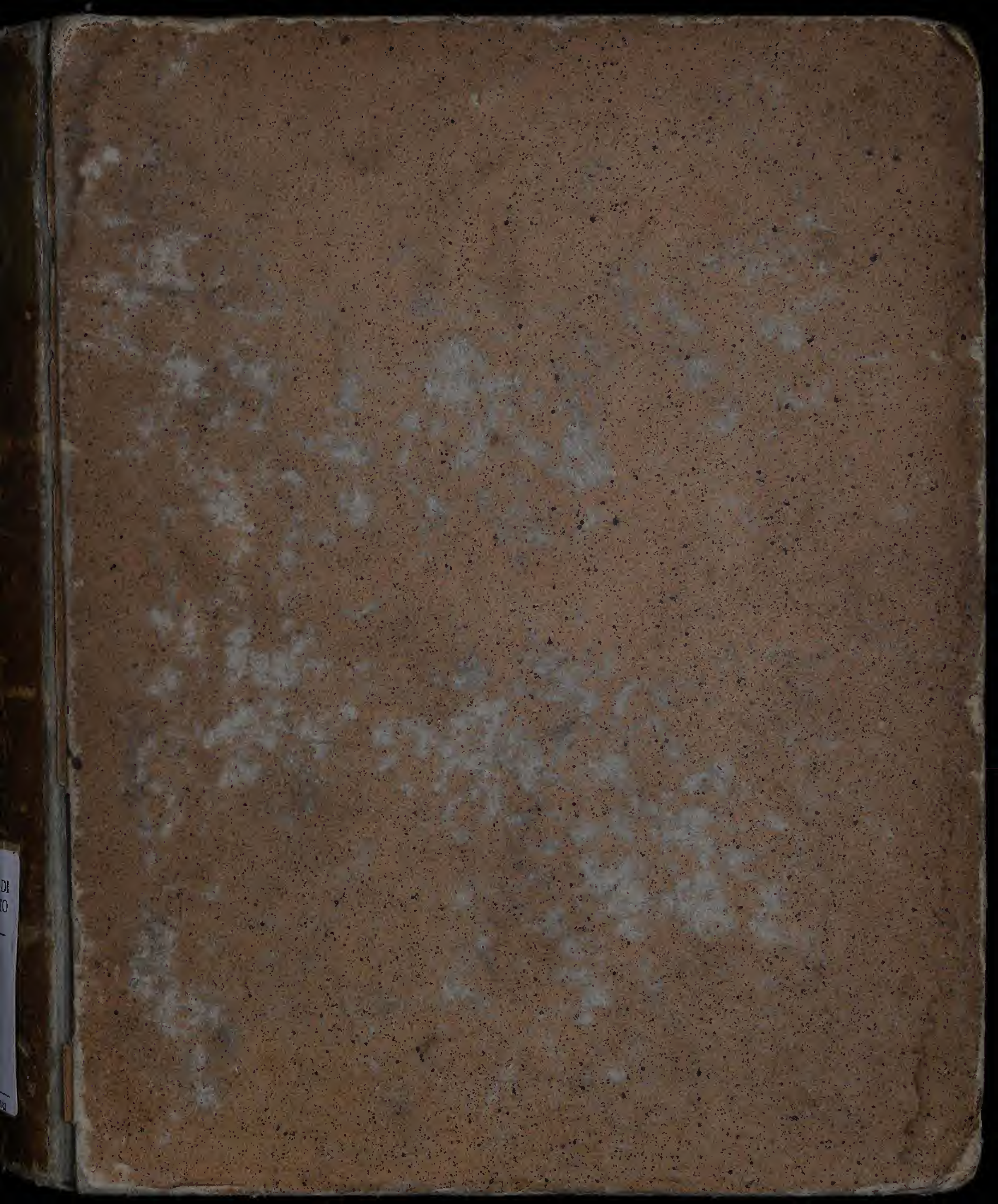


Friedrich von Bülow's

Königlich Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen Oberappellations-Raths

und

Dr. Theodor Hagemann's

Königlich Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen wirklichen Hof- und Canzlei-Raths, auch ordentlichen Beisitzers des Zelleschen Hofgerichts

practische Erörterungen

aus

allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit

hin und wieder

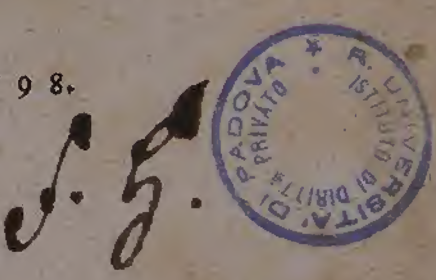
mit Urtheils-Sprüchen des Zelleschen Tribunals

und

der übrigen Justizhöfe bestärkt.

Erster Band.

Hannover
bei den Gebrüdern Hahn. 1798.



Vorrede.

Nach den vortreflichen, allgemein geschätzten Arbeiten eines **von Pufendorf** und **Struben** ist unser Unternehmen, rechtliche Erörterungen bekannt zu machen, allerdings höchst schwierig. Der Gedanke, jene verdienten Männer, in Hinsicht auf Auswahl und Behandlung der Gegenstände, zu erreichen, oder ihnen nur nahe zu kommen, würde eine Arroganz verrathen, der wir uns auf keine Weise schuldig machen werden. Aber nicht bloß diese Betrachtung, sondern auch der Umstand, daß so wenig die gemeinen, als unsere Provincialrechte den Präjudicien günstig sind, hätten uns vielleicht ganz abhalten sollen, diese Sammlung practischer Beobachtungen, mit Urtheilssprüchen des höchsten Tribunals und der andern höhern Landesdicasterien unterstützt, öffentlich bekannt zu machen. Da wir indessen unsere Muße einmal darauf verwendet hat-

hatten, so glaubten wir wenigstens einen Versuch wagen zu dürfen und es dann von der Entscheidung des juristischen Publicums abhängig zu machen, ob unsere Unternehmung Beifall, oder Tadel verdient?

Bei den vielen Rechtssachen, welche fortwährend bei dem Königlichen Oberappellationsgerichte zu Zelle und den übrigen höhern Justizstellen entschieden werden, kann es gar nicht fehlen, daß darunter viele interessante Rechtsfälle vorkommen müssen. Oft werden solche durch die Ausführungen oder Bemerkungen gelehrter und einsichtsvoller Männer, die in unsern Dicasterien nicht selten sind, wenn sie mit dem ihnen eigenen practischen Scharfblicke ihr Urtheil darüber abgeben, noch anziehender und ihre Gedanken verdienten aufgezeichnet und allgemeiner bekannt zu werden.

An und für sich bedürfen zwar dergleichen Bemerkungen und juristische Aufsätze, wenn nur deren Werth auf innern und richtigen Gründen beruhet, keiner Unterstützung durch Präjudicien. Nach einer längst gemachten Erfahrung ist indeß eine Sammlung derselben in mehrern Rücksichten nicht ganz überflüßig. Unter den römischen Civilgesetzen sind bekanntlich viele — hin und wieder auch unter unsern vaterländischen Verordnungen verschiedene — nicht ganz bestimmt und übereinstimmend. Fast scheint es daher der richterlichen Klugheit angemessen zu seyn, den vorhandenen Präjudicien zu folgen und die gesetzlichen Subtilitäten oder Spitzfindigkeiten ganz zu verlassen. Einigermaßen würde dadurch die so verderbliche Ungewißheit

heit der Rechte — da es unmöglich ist für jede vorkommende Rechtssache eine ganz bestimmte gesetzliche Vorschrift zu entwerfen — gehoben und manche Parthei abgehalten werden können, einen kostbaren Rechtsstreit zu erheben. Aber das Ansehn der Präjudicien darf, ungeachtet ihrer Vortheile, doch niemals so groß werden, daß dadurch das eigene Studium und das Fortschreiten mit der Cultur der Jurisprudenz und deren Literatur, aufgehalten, oder die bessern Einsichten und Beurtheilungen über zweifelhafte Rechtsätze gehemmt werden. Der Richter muß vielmehr allezeit die vorhandenen Landesgesetze, Constitutionen, Statuten, Gewohnheiten und die recipirten gemeinen Rechte bei seinen Entscheidungen genau befolgen, nicht aber die Präjudicien, deren Existenz niemals die Stelle jener vertreten, oder von deren Befolgung dispensiren kann.

Die Erörterungen, welche wir hier liefern, haben nicht alle gleiches Interesse. Gern räumen wir das selbst ein. Inzwischen dürfen wir doch hoffen, daß sie für den practischen Rechtsgelehrten, insonderheit unseres Landes, in sofern wenigstens brauchbar seyn können, als sie, besonders in Rücksicht mancher neuern Rescripte und Verfügungen, zu einer weitern Kenntniß der Landesrechte und des Gerichtsgebrauchs beitragen. Dem vaterländischen Juristen ist meistens damit mehr, als mit einer bloßen Wiederholung oft gesagter Grundsätze des römischen Rechts, gedienet. Aber auch den auswärtigen Rechtsgelehrten sind sie vielleicht nicht ganz unwillkommen. Einigermaßen können sie daraus Kenntniß von unserer Ju-

stizverfassung und der Methode erlangen, nach welchen in unsern Gerichten vorkommende Rechtssachen beurtheit und entschieden werden. Schmeichelhaft würde es dabei für uns seyn, wenn wir zu der verdienten Achtung, worin unsere Justizhöfe längst im Auslande standen, durch Bekanntmachung einiger ihrer Entscheidungen etwas beigetragen haben sollten.

Zu einer periodischen Fortsetzung dieser Erörterungen können wir uns nicht verbindlich machen. Es wird solche von den, von Zeit zu Zeit vorhandenen Materialien, von der Muße, welche unsere Berufsarbeiten zulassen und insonderheit von dem Beifalle abhängen, welchen dieser erste Band findet. Geschrieben Zelle im Lüneburgischen am 24sten April 1798.

Friedrich von Bülow. Theodor Hagemann.

Ver-

Verzeichniß der Erörterungen.

I.

V.

V.

XIII.

XXXIII.

LII.

LXIX.

LXXVII.

Seite

I Erör-

I. Erörterung.

Von der Befugniß der freien Reichsstadt Bremen, den Weserstrom mit Tonnen und Baaken zu versehen, und dafür das Tonnen- und Baaken-Geld zu erheben.

I.

In den Gegenden, wo die Schiffahrt getrieben wird, und das Fahrwasser nicht ganz sicher ist, werden gewöhnlich, sowohl an den Küsten des Meers, als auch bey der Einfahrt in die Seehafen und schifbaren Flüsse, desgleichen auf dem Meere und in den Flüssen selbst, gewisse Zeichen angebracht, um den Schiffen dadurch anzuzeigen, was für einen Lauf sie halten sollen, damit sie desto sicherer die Klippen, Sandbänke, Untiefen und andere gefährliche Orte vermeiden. Solche Zeichen heißen bei den Schifsleuten im Allgemeinen: Baak oder Backen. a)

Es

a) Lateinisch: Bacha. Franz. Amarque, Balise, Bonneau, Bouée, Gavitteau, Hoirin, Marque. Holländ. Baak, Merk. C. du Fresne d. du Cange Glossar. Voce Bacha. **Surlands** Grundsätze des Europäischen See-Rechts, Th. 2. B. 2. Tit. 2. §. 487. **Krünitz** Oecon. Encyclopäd. Th. 3. S. 319.

Es unterscheiden sich jedoch die Zeichen, nach der Art, auf welche sie angebracht sind, durch speciellere Benennungen.

Schwimmen dieselben auf der Oberfläche des Wassers, um das Fahrwasser und die seichten und tiefen Stellen anzuzeigen; so heißen sie gewöhnlich: Tonnen, Boye, Driftbaken — Franz. Tonnes, Gavitteau. b) Stehen die Zeichen hingegen durch sich selbst, in oder auf dem Grunde, fest, und dienen dieselben dazu, den Schiffenden von der Ferne den Weg zu zeigen; so werden sie, im engeren Verstande, Baaken, oder Kaapen, Blüsen, Franz. Balises, Bouées, genannt, und sie sind alsdann entweder, an den Ufern und seichten Orten des Wassers, angebrachte Pfähle, aufgerichtete Pfähle, aufgerichtete Maste, zwei oder drei nebeneinander gepflanzte große Bäume, oder auch hohe, von Balken errichtete Gebäude, specula, hohe Feuer-Zeichen, Wacht- und Leucht-Thürme. c) Auf die Erhaltung dieser die Schiffahrt sichernden Anstalten wird gewöhnlich eine vorzügliche Sorgfalt gewandt; dagegen müssen aber auch in manchen See- und Handels-Orten, die ankommenden und abgehenden Schiffe, für die ihnen verschaffte größere Sicherheit, eine gewisse Abgabe erlegen, die man im Deutschen das Tonnen-Baaken- oder Last-Geld nennt. d)

In

b) Eine genaue Zeichnung und Beschreibung dieser Merkzeichen liefert der vormalige Hamburgische Syndicus **Schuback** in der deutschen Ausgabe seiner Abhandlung vom Strand-Rechte. S. 359.

c) Schulz Diss. de Jurisd. littor. p. 39. No. 42. **Krünitz** a. a. O. S. 320. **Schuback** a. a. O.

d) Franz. Balisage, Droit de Balise, Droit de Tonne und nach der barbarischen Latein. Benennung: Beconagium. du Fresne l. c. voce Be-

2.

In dem, durch die Nordsee begränzten, mitternächtlichen Theile Deutschlands befinden sich dergleichen Anstalten zum Besten der Schiffahrenden vorzüglich gut auf der Jade, der Eider, der Elbe und der Weser. Auf dem letzten Strome erhält die freie Reichsstadt Bremen eine beträchtliche Menge Tonnen, und eine große von Balken erbauete Baake. e)

Die Tonnen nehmen, ungefähr zwei Meilen unterhalb der Stadt Bremen, in der Gegend des Hafens zu Vegesak ihren Anfang, und gehen von da, auf beiden Seiten des sichern Fahrwassers, in Entfernungen von ½ auch ¾ Meilen, den ganzen District von beinahe 9 deutschen Meilen hinunter, den die Weser zwischen den Herzogthümern Bremen und Oldenburg hinströmt. Da jedoch dieser Fluß von der äußersten Spitze des Butjadinger Landes, wo derselbe das feste Land verläßt, noch sehr weit, im Meere selbst, zwischen Sandbänken gleichsam eingeschlossen bleibt, so erstrecken sich die erwähnten Tonnen auch noch weiter, bis an das Ende dieser Untiefen, so daß die letzte, oder die sogenannte Schlüssel-Tonne, über 5 deutsche Meilen von der äußersten Spitze des Butjadinger Landes, dem Dorfe Lang-

Beconagium. Surland a. a. O. S. 90 u. 91. Krünitz a. a. O. S. 320.

e) Die Anzahl dieser Tonnen wird auf 90 Stück und darüber angegeben, und jede der großen soll in der neuen Anlage wenigstens 450 Rthlr. kosten. Post Tract. de cura ampliss. Senat. Bremens. circa rem nautic. p. 152.

warden, entfernt, und mithin im offenbaren Meere befindlich ist. Die vorhin gedachte Baake der Stadt Bremen ist über $2\frac{1}{2}$ Meilen von der äußersten Landspitze entfernt, und gleichfalls, eigentlich in der Nordsee, auf einer Sandbank erbauet, welche das Bollen-Zyel genennt wird. f)

Ehemals besorgte der Senat der Stadt Bremen die Anlage und Unterhaltung dieser Tonnen und der Baake selbst. Gegenwärtig ist aber dieses Geschäft vom Senate dem sogenannten Collegio Seniorum zu Bremen, oder den Vorstehern der dortigen Kaufmannschaft, übertragen, welche collegialisch vereiniget, das Beste ihrer Mitgenossen im Handel besorgen. g)

3.

Nach den Grundsätzen des jetzigen Staats-Rechts wird der Besitz und das Eigenthum der in einem Lande befindlichen öffentlichen Flüsse zu den Regalien gezählt, und der Regel nach sind daher die Landesherren, vermöge der ihnen zustehenden Landes-Hoheit, allein und ausschließungsweise befugt, auf den öffentlichen Flüssen, innerhalb ihres Landes, zu bauen, zu fischen, Gerichtsbarkeit auszuüben, Ueberfahrten und Brücken anzulegen, das Wasser schifbar zu machen, für die Sicherheit und Erhaltung der Schifbarkeit zu sorgen u. s. w. h)

Un-

f) M. s. die von dem Capitain **C. M. Wohlers** zu **Hamburg** 1779 herausgegebene accurate Charte der Elbe und Weser.

g) Post l. c. p. 155.

h) **Mosers** Grundriß der heutigen Grundverf. des deutschen Reichs, B. 4. Cap. 20. §. 18. Pütter Instit. Jur. Publ. § 336. p. 360.

Unstreitig ist die Weser ein öffentlicher Strom, der, vermöge seines Laufes, unterhalb der Stadt Bremen, sich unter der Landes-Hoheit und in dem Eigenthume des Chur-Hauses Braunschweig-Lüneburg, als Herzoge von Bremen, und der Grafen von Oldenburg und Delmenhorst befindet. i) Der freien Reichs-Stadt Bremen gebührt die Landes-Hoheit des Stromes, höchstens nur in dem kleinen Districte binnen den Gohen oder Gauen des Werder- und Nieder-Vie-Landes, und es ist daher als eine Abweichung von der Regel zu betrachten, daß die Stadt Bremen, die ganze Weser hinunter, mithin weit hinaus über das Stadt-Gebiet und in fremden Territorien, Anstalten unterhält und Rechte ausübt, die ordentlicherweise zu den Regalien der Landesherrn gehören würden, in deren Landes-Hoheit der Strom seinen Lauf hat. Es ist gewiß nicht unwichtig, dem Ursprunge dieses besondern Verhältnisses durch einen Rückblick auf die ältere Geschichte der Stadt Bremen nachzuspüren, und auf die Weise den Umfang und die eigentliche Beschaffenheit des dieser Stadt auf der Weser zustehenden Rechts zu bestimmen.

4.

Aeußerst fabelhaft scheint es zu seyn, daß die Stadt Bremen schon zu den Zeiten Kaisers Carl des Großen auf der Weser eine beträchtliche Schiffahrt getrieben haben soll, obgleich einige Schriftsteller den Namen: Bremen, von den Prahmen oder Prähmen herleiten, die angeblich damals

i) Gryphiander de Insulis, Cap. 17. No. 109.

mals zur Betreibung der Schiffahrt gebraucht wurden. k) Die damalige Schiffahrt kann auf keinen Fall eine eigentliche Handlungs-Schiffahrt gewesen seyn, weil in jenen Zeiten die Handlung entweder gar keinen, oder doch nur sehr geringen Eingang in Deutschland gefunden hatte. l) Durch die überaus vortheilhafte Lage an der Weser und in der Nähe des Meers stiegen jedoch in der Folge der Handel und die Schiffahrt der Stadt Bremen mit schnellen Schritten. Der Ort gelangte bald zu einem nicht geringen Ansehen, und ward ein beträchtlicher Handlungs-Platz des nördlichen Deutschlands. Schon im Jahre 1097 war die Stadt Bremen, nach dem Zeugnisse des Melch. Goldast in Vindic. diplomat. Bremens., im Stande, den damaligen ersten Kreuzzug mit ihren Schiffen mitzumachen, und daß die bei diesem Zuge geleistete Hülfe nicht unbeträchtlich gewesen seyn, auch daß der Bremer Handel schon im 11ten Jahrhundert Bedeutung gehabt haben müsse, zeigt das, vom Kaiser Heinrich dem 5ten zu Mainz den 2ten Mai 1111, der Stadt ertheilte Privilegium, worin nicht allein des erwähnten Kreuzzuges ausdrücklich gedacht, sondern auch gesagt wird: „Item damus eis plenam et liberam proteſtatem „pacificandi, protegendi et defendendi, una cum eorum Antiſtite, ſtratam noſtram Regiam, ſcilicet Wiſeram, ex utraque parte littoris, a civitate Bremenſi praedicta, usque ad „ſalſum mare, nec non mercatores cum ſuis navibus et mercimoniis, civitatem praedictam adeuntes, ſeu viſitantes et „ab ea declinantes."

Die-

k) Bilderbeck Reichs-Staat, Th. 6. Cap. 2. §. 12.

l) Pütter Reichs-Geschichte, B. 1. Abtheil. 1. §. 45.

Dieses in den Jahren 1252 und 1369 wörtlich wiederholte und confirmirte Privilegium m) mußte dem wachsenden Handel der Stadt Bremen, zumal in jenen unruhigen, durch Räubereien und Faustrecht gefahrvollen Zeiten, von nicht geringer Wichtigkeit seyn. Es übte auch die Stadt das Privilegium eine geraume Zeit, verbunden mit den Erzbischöfen, in dem Maaße aus, daß mit gemeinschaftlichen Kräften verschiedene Schlösser an der Weser zerstöhrt, die Stedinger bekriegt, und die dem Handel gefährlichen Seeräuber zu Paaren getrieben wurden. n) Diese schöne Eintracht hatte aber keine stete Dauer. Mit andern Städten, die bis in das 13te Jahrhundert durch Schiffahrt, Handlung und Manufacturen, ja selbst durch die Kreuzzüge und das Faustrecht, so empor gekommen waren, daß sie, unter dem Schutze ihrer starken Mauern, selbst den benachbarten Fürsten so ziemlich Kopf bieten konnten, fühlte sich auch Bremen mächtig genug, zuerst mit dem Erzbischofe Gerhard dem 2ten Händel anzufangen. Die erste Veranlassung der Streitigkeiten ward dadurch gegeben, daß der Erzbischof, durch den Bremer Handel aufmerksam gemacht, einen Zoll auf der Weser anlegen wollte, und zu dem Ende, im jetzigen Amte Blumenthal, das Schloß zu der Wittenborg erbauen, auch daselbst das Fahrwasser mit Pfählen und Ketten sperren ließ. Die Bremer empfanden dieses sehr übel,

m) Lünig Reichs-Archiv, Th. 13. S. 218. 222 u. 225. M. s. Arnold Gerhard Denecken Bruchstücke aus der Geschichte der kaiserl. freyen Reichsstadt Bremen. S. 35.

n) Post l. c. §. 19. p. 127. Brem- und Verdische Abhandlungen, 6te Samml. S. 540 u. f.

übel; sie fuhren mit einem Orlogschiffe die Weser hinunter, segelten die Ketten in Stücken, und rissen die Pfähle aus. Dieser Handel ward zwar noch gütlich beigelegt, und es scheint, als wenn nachmals der Erzbischof Gerhard mit der Stadt eine Zeitlang ziemlich einträchtig wieder gewesen sey. Wie stark man aber dabei von Seiten des Erzbischofs die städtische Macht gefühlt haben müsse, ergiebt sich daraus, daß Gerhard der 2te im Jahre 1233 sich dazu verpflichtete, daß die Bremer im Stifte zollfrei seyn, daß keine Schlösser an der Weser ohne der Stadt Willen gebauet werden, und die vorhandenen Schlösser derselben unschädlich seyn sollten. o) Dieses alles mochte die Bremer nicht wenig dazu aufmuntern, daß sie im Jahre 1246 mit dem Erzbischofe, wegen der Advocatie in Bremen, einen neuen Streit anfiengen, und von nun an immer mehr und mehr darauf bedacht waren, sich der Landesherrlichen Gewalt der Erzbischöfe bestmöglichst zu entziehen, und dieses oder jenes der Erzbischöflichen Rechte an sich zu bringen. Zwar verwahrte sich noch der Erzbischof Hillebold, in einem Vertrage mit dem Rathe zu Bremen vom Jahre 1259, alle seine alten Gerechtigkeiten in der Stadt und auf der Weser; p) wie wenig

o) Post l. c. §. 12. p. 83. Brem. und Verdische Abhandl. 6te Samml. S. 552.

p) Die Worte des Vertrages sind folgende: „Heft Bischop Hilleboldus „mit den Rathmannen und Wiesten der Gemeinheit tho Bremen, sick „vereiniget, dat he unde sine Nachkömling, ehre olden Gerechtigkeit, tho „ewigen Dagen, in der Stadt Bremen, und up des Könings frien „Straten van Bremen wente in de solten See, sonder jemandes edder „der van Bremen Insperr, schöllen hebben und holden u. s. w." M. s. Lünig Reichs-Archiv, Th. 9. S. 443.

wenig aber diese Stelle des Vertrages würksam war, zeigt schon der Umstand, daß es auch mit Hillebold und den Bremern wegen der vermehrten Befestigung des Schlosses Warflethe zu den Waffen kam, und der Erzbischof im Jahre 1260 verbunden ward, das Schloß von Grund aus wegzureißen. q) So wie nun, seit Gerhard des 2ten und Hillebolds Regierung, die Erzbischöfliche Macht, theils durch Verschwendung und daraus erfolgte Verpfändung ansehnlicher Güter, theils durch andere zusammentreffende Umstände von Zeit zu Zeit, bald schneller, bald langsamer, abnahm; so wuchs in eben dem Verhältnisse die Macht und das Ansehen der Stadt Bremen immer höher. r)

Auf dem höchsten Gipfel der Größe stand diese städtische Macht wol damals, als vom 14ten bis in das 16te Jahrhundert die deutsche Hanse sich in dem bekannten großen Ansehen befand, und die Stadt Bremen, eine der ersten und angesehensten Genossinnen dieses Bundes, nicht allein ein beträchtliches Gebiet um die Stadt, sondern auch das Amt Bederkesa und das Kirchspiel Lehe besaß. s) Die Erzbischöfe hatten zwar stets ihre Voigte in Bremen, und nahmen von der Stadt die Huldigung ein; daß aber letztere sich deshalb für keine Land-Stadt hielt, und daß dieselbe ihre Macht gegen die Erzbischöfe völlig fühlte, davon zeugen mehrere, wider Erzbischöfliche Forderungen, besonders wegen der Un-

q) Post l. c. p. 85.

r) Brem. u. Verd. Abhandl. 1ste Samml. S. 366. 6te Samml. S. 552.

s) Pütter Reichs-Geschichte, S. 293 u. 358. Altes und Neues aus den Herzogthümern Brem. u. Verd. B. 10. S. 10 u. 292.



Unmittelbarkeit und des Reichsstädtischen Prädicats eingelegte, ziemlich derbe Protestationen dieser Zeit; so wie die Bündnisse, welche die Stadt mit Auswärtigen schloß, um die freie Handlung und Schiffahrt auf der Weser erforderlichenfalls selbst mit den Waffen zu behaupten. t)

Mit dem Ende des 13ten Jahrhunderts verschwinden auch die Beispiele von einer in Gemeinschaft mit den Erzbischöfen ausgeübten Schutz- und Schirm-Gerechtigkeit auf der Weser. Es finden sich vielmehr von der Zeit mehrere Fälle, in denen die Bremer ganz für sich allein, oder auch in Verbindung mit den Städten Hamburg und Lübeck auf beiden Seiten der Weser Schlösser zerstöhrt und gegen Seeräuber, besonders aber im 14ten und 15ten Jahrhunderte gegen die sogenannten Vitallien-Brüder gefochten haben; so wie es denn auch nicht zu leugnen ist, daß die Bremer sich damals ganz ausschließend die Oberaufsicht und Gerichtsbarkeit nebst der Fischerei auf der Weser und den benachbarten Flüssen anmaßten, und deshalb nicht allein Edicte ausgehen ließen, sondern auch Orlogschiffe auf der Weser hielten, welche das Streichen der Seegel von fremden Schiffen verlangten. u) Um sich von dem damaligen Ansehen der Stadt Bremen einen vollkommnen Begriff zu machen, verdient es auch gewiß Bemerkung, daß der Kaiser Sigismund am Jacobs-Tage 1420, der besagten Stadt den

t) M. s. hierüber **Lünig** R. A. Th. 13. S. 223. 226. 267 u. f. und Post Diss. sup. cit.

u) Kurzer Auszug der zwischen den Grafen von Oldenburg und der Stadt Bremen streitigen Zoll-Sache. S. 67 u. f. Brem. Abhandl. 2te Saml. S. 123 u. 124. Post l. cit.

den Schutz, die Administration und Regierung des Buthen-yadinger-Landes zu Wasser und zu Lande bis auf Kaiserlichen Widerruf übertrug. v)

Wahrscheinlich, denn mit völliger Gewißheit läßt sich hierüber nichts bestimmen, fällt die erste Anlage der Tonnen und Baaken auf der Weser auch in diese, für die Bremer Macht so glänzende, Periode, und zwar in die ersten Jahre des 13ten Jahrhunderts. Die erste bekannte Nachricht von dem Dasein dieser Anlage enthält die in Oelrichs Sammlung Bremischer Gesetze S. 750 abgedruckte Bürgerrolle, vom Jahre 1426. Ungleich bemerkenswerther, sowohl wegen der vormaligen Bremer Gerechtsame im Allgemeinen, als besonders in Betreff der Tonnen und Baaken, ist aber das der Stadt Bremen vom Kaiser Carl dem 5ten, am 20sten Julius 1541, zu Regensburg ertheilte Privilegium. Der Eingang desselben zeigt nämlich, wie die Bremer dem Kaiser vorgestellt haben, daß sie, wegen ihrer, dem Reiche geleisteten, treflichen Dienste von den vorigen Kaisern folgende Berechtigungen erhalten und seit etlichen Jahrhunderten ausgeübet hätten: Alle Obrigkeit, Recht und Gerechtigkeit, Jurisdiction, Gebot und Verbot auf der Weser, an beiden Ufern von und unter der Stadt Bremen bis in die salzen See; das Recht, Seeräuber auf der Weser und anderswo zu Land und zu Wasser zu verfolgen, niederzuwerfen und zurecht zu bringen; die freie Schiffahrt mit ihren und andern Kaufmanns-Waaren auf der Weser bis an die Stadt Münden an der Fulda, und auf der Aller bis gen Zelle;

 die

v) M. s. Lünig R. A. Th. 13. S. 226.

die Fischerei in der Ochtemen, Lesemen, auch Hunte, und auf der Weser von Hoya an bis in die salzen See; die Befugniß, allein Seetonnen und Baaken nach Nothdurft anzurichten, gegen ein Geringes, so zu Erlegung des Unkostens darauf gehe und von Alters her durch den handthierenden Kauf- und Schifsmann gegeben worden sey. Demnächst erwähnt das Privilegium der angebrachten Beschwerde der Bremer, darüber, daß durch etliche Nachbarn den vorberührten Gerechtsamen Eingriff geschehe, und daß besonders die Tonnen und Baaken bei nächtlicher Weile ausgerissen, verschlagen und verflotzet würden, um dadurch Schifbrüche und die Ausübung des Strand-Rechts zu befördern. Endlich schließt sich das Privilegium damit, daß der Kaiser der Stadt Bremen alle aufgezählte Gerechtsame, wie solche hergebracht und in Uebung, Wehr und Posseß wären, besonders auch das Recht, Seetonnen und Baaken zu legen, aufzurichten und davon, wie von Alters her, einzunehmen, bestätiget, confirmirt und erneuert. w)

Dieses Privilegium mußte doch selbst dem damaligen, ziemlich eingeschränkten und machtlosen Erzbischofe Christoph, x) wohl ein zu großer Abbruch seiner Rechte scheinen; denn er machte dagegen bei dem K. Carl dem 5ten ernstliche Vorstellungen, und dieser erließ darauf von Speier aus am 10ten März 1544 ein Mandat an die Stadt Bremen, mit der Anweisung, die ertheilten Freiheiten, Gerechtigkeiten und

w) M. s. Lünig a. a. O. Th. 13. S. 245 u. f.

x) Brem. Abhandl. 1ste Samml. S. 366 u. f.

und Privilegien nicht zum Nachtheil und Abbruch des Erzbischofs und des Stifts zu Bremen zu gebrauchen. y)

In viel neueren Zeiten haben die Bremer es zwar zu leugnen gesucht, daß ihnen dieses declarirende Mandat insinuirt worden sey. Dieses unerwiesene Vorgeben verdient aber um so weniger Glauben, da es gewiß sehr bemerkenswerth ist, daß in sämmtlichen bekannten Privilegien und Confirmationen, welche die Stadt Bremen seit 1541, sowohl vom K. Carl d. 5ten, als von allen nachfolgenden Kaisern erhalten hat, auch nicht mit einem Worte mehr des Schutzes und Schirmes, der Gerechtigkeit, Jurisdiction und anderer Gerechtsame auf der ganzen Weser gedacht wird. Geleugnet kann es jedoch nicht werden, daß die Bremer sich in dem ungestöhrten Besitze erhielten, die Weser mit Tonnen und Baaken zu versehen, weil dieses wahrscheinlich nicht als eine wesen-

y) Die hierher gehörenden Worte dieses Mandats sind folgende: Als Wir euch auf dem Reichs-Tage zu **Regenspurg** jüngst auf eur Fürbringen mit etzlichen Freiheiten, Privilegien und Confirmation, und sonderlich von wegen — der Weser und anderer Wasser Ströme und Gerichtszwang, Gebiet und Obrigkeiten, innerhalb und außerhalb der Stadt Bremen — versehen und begabet; Uns aber der — Erzbischof — fürgebracht hat, wie daß dieselben Unser Freiheiten und Privilegien sein und seines Erzstifts Regalien, Gnad, Freiheiten, Confirmation, Obrigkeiten und Gerechtigkeit ganz zuwider wäre, auch derhalben er und sein Stift des meisten Theils solcher ihrer Freiheiten u. s. w. von euch entsetzet und entwehret werde. Und dieweil denn in Gebung der berührten Privilegien und Confirmationen, Unser Wille nicht gewesen — daß dieselben gemeldtes Erzbischofs und des Stifts Bremen zu einigem Nachtheil gereichen sollen; — als gebieten Wir euch — und wollen, daß ihr obberührte Freiheiten und Privilegien — dem Erzbischofe und Stift zu Bremen, ihren Freiheiten und Gerechtigkeiten zu Nachtheil und Abbruch nicht gebrauchet, sondern sie bei Unserer ausgegangenen Declaration ruhig bleiben lasset, u. s. w. M. s. **Lünig** R. A. Th. 13. S. 247.

sentliche Beeinträchtigung der Erzbischöflichen Rechte angesehen ward. z)

Am Ende des 16ten oder im Anfange des 17ten Jahrhunderts erlitt die alte Macht der Stadt Bremen überhaupt einen starken Stoß. Bewürkte es der allmälige Verfall des Hanseatischen Bundes, oder der Umstand, daß in diesen Zeiten die Brem- und Verdischen Erzbischöfe größtentheils Prinzen aus mächtigen Fürstlichen und Königlichen Häusern waren, die vielleicht ihre Landesherrlichen Rechte nachdrücklicher geltend zu machen wußten? genug, die Verhältnisse der Stadt Bremen, besonders in Rücksicht auf die Weser-Gerechtsame, nahmen nach und nach eine ganz andere Gestalt an. a)

Einen redenden Beweis hiervon giebt unter andern der Umstand, daß der Kaiser Ferdinand der 2te, am 31sten März 1623, unter Churfürstlicher Einwilligung, dem Grafen Anton Günter von Oldenburg die Befugniß verlieh, in seiner Obrigkeit und Herrlichkeit auf der Weser einen Zoll anzulegen. Wider diese Verleihung protestirten zwar die Bremer aus allen Kräften und vorzüglich aus dem Grunde, weil ihnen allein die Jurisdiction auf der ganzen Weser unter-

z) Die der Stadt Bremen seit 1541 ertheilten Privilegien sind nachzulesen in Lünig's Reichs-Archiv Th. 13. S. 263. 266 u. f. und beim Limnaeus de Jure publ. T. 4. p. 185. 194 seq.

a) M. s. u. a. den Vertrag, wodurch zu Stade im Jahre 1639 die Irrungen beigelegt worden sind, die zwischen dem damaligen Erzbischofe Friedrich, einem Sohne Königs Christian des 4ten von Dännemark, und der Stadt Bremen entstanden waren, b. Limnaeus de Jure publ. T. 4. p. 197 seq.

terhalb der Stadt zustehe. Sie konnten aber dadurch doch nicht verhindern, daß der Graf von Oldenburg, im Jahre 1624, würklich in den Besitz des Zolles zu Elsfleth kam, und daß die Zoll-Verleihung vom K. Ferdinand dem 3ten, sowohl 1638 als 1643 von neuem wiederhohlt und bestätiget ward. b)

Gewiß sah man schon damals ganz allgemein den Einwand der Bremer wegen der Gerechtsame auf der Weser für höchst unbedeutend an; denn die Grafen von Oldenburg erhielten nicht allein durch den Westphälischen Frieden die Bestätigung des Zolles zu Elsfleth, ohne daß der angemaßten Rechte der Stadt Bremen auch nur mit einem Worte gedacht ward; c) sondern der Kaiser erklärte auch, am 26ten October 1652, die Stadt in die Acht, weil die Bremer es versucht hatten, noch nach dem Friedens-Schlusse den Vorwand wegen der Jurisdiction auf der Weser geltend zu machen, und sich dem Zolle mit Gewalt zu widersetzen. d)

Der größte und merklichste Verfall der ehemaligen weit ausgedehnten Anmaßungen der Stadt Bremen trift aber noch in neuere Zeiten.

Die im Allgemeinen durch den Westphälischen Frieden bewürkten vortheilhaften Verhältnisse der Landesherrn, die

b) Kurzer Auszug der streitigen Weser-Zoll-Sache, gedruckt 1646. Bilderbeck Reichs-Staat, Th. 6. Cap. 2. S. 264.

c) Conf. Instrum. Pac. Osnabrug. Art. 9. §. 2. et Art. 10. §. 8.

d) M. s. Bilderbeck a. a. O. und die Druckschrift unter dem Titel: Kurzer wahrhafter Bericht, wie es mit der Stadt Bremischen Achts-Erklärung 1652 ergangen.

die jetzt überall die Rechte der Landeshoheit noch ganz anders als in vorigen Zeiten geltend zu machen wußten, und die hieraus nothwendig entspringenden nachtheiligen Veränderungen für die Deutschen Städte, wurden besonders der Stadt Bremen fühlbar. Kaum war die Krone Schweden in den Besitz des ehemaligen Bremischen Erzbißthums gekommen, so machte dieselbe der Stadt Bremen die Reichs-Unmittelbarkeit und die Landeshoheit, selbst in dem städtischen Gebiete, auf eine Weise streitig, die für die Bremer eine sehr unangenehme Aussicht auf die Folge geben mußte. Bei dieser critischen Lage konnte es der Stadt wol gewiß nicht in den Sinn kommen, ihre ehemals auf der Weser behaupteten Rechte außerhalb des Stadt-Gebiets gegen Schweden an den Tag zu bringen. Wenigstens enthält der, zur Beilegung der *entstandenen Irrungen am 24sten November* 1654 zu Stade geschlossene, weitläuftige Vertrag nicht die entfernteste Spur einer solchen Anmaßung und eines etwa deshalb geschehenen Vorbehalts. Es zeigt vielmehr der Inhalt des Vertrages, daß die Bremer froh seyn mußten, durch ansehnliche Aufopferungen an Land und Leuten der Schwedischen Waffen los zu werden, wieder eine freie, ungestöhrte Schiffahrt auf der Weser zu erhalten und stillschweigend in dem Besitze der Anrichtung der Tonnen und Baaken zu bleiben. e) Nicht *lange* nachher, in den Jahren 1665 und 1666, entstanden wieder sehr weit aussehende Streitigkeiten, und es scheint, daß die Stadt Bremen neben andern beträchtlichen Eingriffen in die, durch den Vertrag von 1654, bestimmten Schwedischen Gerechtsame, sich auch wieder das eine

e) M. s. diesen Vertrag b. Lünig, Th. 9. S. 460 u. f.

eine oder andere Recht auf der Weser habe anmaßen wollen. In der 1666 gedruckten gründlichen Deduction rechtmäßiger Befugniß, die die Krone Schweden an die Stadt Bremen hat, kömmt nämlich unter andern wichtigern Schwedischen Beschwerden beiläufig auch folgendes vor:

„Unterfängt sich der Magistrat, Ihro K. Maj. Unter„thanen die Fischerei auf der Weser und Wumme zu „verbieten, welches wider das kundbare Herkommen; „und hat sich der präsidirende Bürgermeister der verklei„nerlichen Worte gegen den Königl. Stadt-Voigt ver„nehmen lassen, daß Ihro K. Maj. keine Jurisdiction „über die Weser zustehe."

Die Art dieser Beschwerden zeigt jedoch schon, daß man Schwedischer Seits den Gegenstand derselben für einen Eingrif in notorische und unbestrittene Landesherrliche Rechte gehalten habe; auch müssen die damaligen Anmaßungen von beiden Seiten gewiß für höchst frivol und unbedeutend gehalteu seyn, weil in dem am 15ten November 1666 zu Habenhausen geschlossenen weitläuftigen Vertrage der Städtischen Fischerei und Jurisdiction auf der Weser nicht auf die entfernteste Weise erwähnt, vielmehr die Jurisdiction der Stadt Bremen, so wie in dem Vertrage von 1654, blos auf die 4 Gohen eingeschränkt wird. f)

Noch ungleich deutlicher beweiset aber die Geschichte des gegenwärtigen Jahrhunderts, daß selbst die Bremer den Ungrund ihrer ehemaligen Prätensionen in Rücksicht der Weser bei veränderten Umständen eingesehen haben, und von denselben zurückgegangen sind.

Nach-

f) Lünig R. A. Th. 9. S. 466 u. f.

Nachdem das Herzogthum Bremen an das Chur-Braunschweigsche Haus gekommen war, erklärte der König Georg der 2te unterm $\frac{11}{25}$ Mai 1731 auf dringendes Anhalten der Bremer, daß er der Stadt Bremen zwar die Reichs-Unmittelbarkeit zugestehen wolle, daß er sich aber die, durch die Schwedische Cession, überkommenen Gerechtsame und Forderungen ausdrücklich vorbehalte. g)

Dieser Vorbehalt, der, wegen des längst streitigen Juris territorialis und der Gerechtsame außerhalb der Stadt, noch manchen Zweifel übrig ließ, war den Bremern wol nichts weniger wie angenehm. Durch angelegentliches Ansuchen veranlaßte daher die Stadt, daß die Königl. Regierung zu Stade bevollmächtiget ward, zur Beendigung alles Zwistes mit zwei Bremer Deputirten *in eine Unterhandlung zu treten, deren Erfolg ein am 23sten* August 1741 zu Stade geschlossener Vergleich ausmachte. In diesem Vergleiche, dessen Eingang ausdrücklich besagt, daß dadurch sämtliche Irrungen aus dem Grunde gehoben, und alles, was zu einigem Mißverstande Anlaß geben könnte, auf einen sichern und keiner ferneren Anfechtung unterwürfigen Fuß gestellt worden wäre, findet sich die Städtische Jurisdiction und Gerechtsame auf der ganzen Weser auf keine Art gedacht, vielmehr wird im Artic. 2, 4 und 8 die Jurisdiction der Stadt ausdrücklich *nur auf* die 4 Gohen, das Gericht Borgfeld, und auf das Dorf und den *Hafen* zu Vegesak eingeschränkt, und mithin dadurch eine weitere Ausdehnung der Bremer-Gerechtsame völlig ausgeschlossen. h)

Es

g) Altes u. Neues der Herzogthümer Brem. u. Verden. B. 7. S. 10 u. 62.
h) Altes und Neues. B. 7. S. 68 u. f.

Es könnte dieses nicht geschehen seyn, wenn, bei den Unterhandlungen zu Stade, der für beide pacificirende Theile wichtige Punct wegen der Jurisdiction, des Schirmes, der Gerechtigkeit und Fischerei auf der Weser würklich vorgekommen wäre. Man kann es solchergestalt mit Zuverläßigkeit annehmen, daß von den vielen Gerechtsamen, welche die Stadt Bremen in vorigen Zeiten auf der Weser exercirte und größtentheils usurpirte, gegenwärtig, bei veränderten und richtiger normirten Staats-Verhältnissen, nur die einzige Befugniß übrig geblieben ist, den gedachten Strom mit Tonnen und Baaken zu versehen. Keiner der bekannt gewordenen Verträge, die sowohl von der Schwedischen als jetzigen Regierung des Herzogthums Bremen mit der Stadt Bremen geschlossen worden sind, erwähnt zwar dieser Befugniß ausdrücklich; die ununterbrochene Existenz derselben von ihrer Entstehung an bis auf den heutigen Tag ist aber durch das Zeugniß glaubwürdiger Schriftsteller i) und durch den Augenschein an Ort und Stelle zweifellos und notorisch.

5.

Diese vorgelegten Verhältnisse der Stadt Bremen, in Betref der Landes-Hoheits-Gerechtsame auf der Weser, erläutern die Beschaffenheit des Rechts vollkommen, vermöge dessen die Bremer den Strom außerhalb des Stadt-Gebiets mit Tonnen und Baaken versehen. Es ist dieses Recht für eine in der Staats-Verfassung Deutschlands nicht ungewöhnliche Staats-Dienstbarkeit (servitus juris publici) k)

i) Post l. c. p. 152. Schuback vom Strand-Rechte, Th. 1. S. 361. Sammlung Hamburg. Gesetze und Verf. Hamb. 1773. Th. 12. S. 590.

k) Pütter Historische Entwicklung der heutigen Deutschen Staats-Verfassung, Th. 3. S. 277.

des Herzogthums Bremen und der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst anzusehen, welche die freie Reichs-Stadt Bremen ermächtiget, durch die, auf die Beförderung der Schiffahrt und des Handels abzweckenden, Anlagen auf der Weser, in fremden Landes-Gebieten ausnahmsweise ein Regal auszuüben, welches der Regel nach nur den Herzogen von Bremen und den Grafen von Oldenburg und Delmenhorst zustehen würde. Diese Staats-Dienstbarkeit entspringt so wenig aus ausdrücklichen Tractaten und Vergünstigungen der eben gedachten Landes-Herrschaften, noch auch aus dem Privilegio Kaisers Carl des 5ten vom Jahre 1541; denn Verträge sind darüber, so viel bekannt ist, nicht vorhanden, und die Rechtsbeständigkeit des Kaiserlichen Privilegii kann, theils wegen des erfolgten Widerrufs desselben, *theils wegen anderer wichtigen Bedenklichkeiten nicht* angenommen werden. 1) Der wahre Grund der Staatsdienstbarkeit ist vielmehr in einer stillschweigenden Vergünstigung oder Verjährung zu suchen, die nicht bezweifelt werden kann, da die Stadt Bremen seit mehreren Jahrhunderten nicht allein vor, sondern auch nach dem Westphälischen Frieden sich in dem ruhigen und unangefochtenem Besitze der Befugniß befindet, die Weser mit Tonnen und Baaken zu versehen.

6.

Für den Nutzen, den die *Tonnen* und Baaken der Schiffahrt gewähren, verlangt die Stadt Bremen oder vielmehr das

1) Bei der im Jahre 1541 gewiß schon existirenden Landeshoheit der mehrsten Reichsstände, konnte der Kaiser schwerlich auf eine gültige Weise einem Reichsstande in des andern Gebiete ein Regal oder eine Staats-Dienstbarkeit constituiren, oder auch nur confirmiren.

das dortige Collegium Seniorum, unter der Benennung des Tonnen- und Baaken-Geldes, eine Abgabe, nicht allein von den auf der Weser ankommenden und abgehenden Schiffen selbst, sondern auch von den Eigenthümern der durch die Schiffe transportirten Waaren und Güter.

Diese nicht sehr beträchtliche Abgabe, m) die keinesweges zur Bereicherung der Stadt-Cämmerei, sondern lediglich zur Unterhaltung der Tonnen- und Baaken-Anstalt dient, ist nicht als ein wahrer Zoll zu betrachten, sondern sie gehört zu der Classe der Wegegelder. Verschiedene ältere Rechtslehrer machen zwar unter Zöllen und Wegegeldern keinen Unterschied; sie bezeichnen beide Arten der Abgaben mit der allgemeinen Benennung: Zoll, Vectigal, Telonium, und sie setzen den Grund derselben darein, daß der Landesherr die Heerstraßen in seinem Gebiete in gutem Stande erhalten und den Reisenden auf denselben Sicherheit verschaffen müsse; n) offenbar entspringt aber diese Meinung aus einer irrigen Auslegung der Reichsgesetze, und aus einer Verwechselung der Beschaffenheit der mehrsten deutschen Zölle vor dem 14ten Jahrhunderte, mit denjenigen, welche in unsern Zeiten üblich sind. Heutiges Tages fließen bekanntlich die Zoll-Einkünfte zum willkürlichen Gebrauche der Rent-Cammern ein, und es werden die Wege, Brükken und Heerstraßen, wozu auch ohne Zweifel die schiffbaren

m) Im Jahre 1785 wurden z. E. von dem Empfänger von 6450 Pfund Caffee nur 1 Rthlr. 6 Mgr. an Tonnen- und Baaken-Geld gefordert.

n) Grotius de Jure belli et pacis. L. 2. C. 2. §. 14. Hopfgarten Diss. de Jure Vectig. Sect. 1. §. 7. Jargow von den Regalien. B. 2. Cap. 8. §. 1.

ren Flüsse zu zählen sind, o) nicht mit den Zöllen, sondern aus andern Mitteln, wie es an jedem Orte hergebracht ist, unterhalten. p)

Es kommen daher alle neueren Schriftsteller darin überein, daß, wenigstens zu jetzigen Zeiten, der Zoll (Vectigal, Telonium, Portorium, Vectorium) blos eine Auflage für Handlungstreibende ist, welche dieselben für die ihnen verstattete Durchfuhr der Kauf- und Handelsgüter entrichten; und daß dieser Zoll sehr wohl von dem Wegegelde, Brükkengelde, Tonnen- und Baaken-Gelde u. s. w. (Viatico, Pontatico, Beconagio) unterschieden werden muß, welche letztere Abgaben zur Bestreitung des Kostenaufwandes wegen Erbauung, Erhaltung und Sicherung der Brükken, öffentlichen Wege und schifbaren Ströme von denjenigen gefordert werden, die sich dieser öffentlichen Anstalten bedienen. q) Der eigentliche Zoll ist seiner Natur nach keine Folge der Landeshoheit, sondern ein Kaiserliches Reservat-Recht, welches bekanntlich nur unter besondern Bedingungen und Einschränkungen verliehen werden kann. Nach einer richtigen Auslegung der vorhandenen Reichsgesetze und nach der täglich vorkommenden Erfahrung darf dahingegen jeder deutsche Reichsstand, vermöge seiner Landeshoheit, und ohne des Kaisers und der Churfürsten Genehmhaltung, in verschiedenen weiter unten zu berührenden Fällen, für den Bau

o) Pütter Inst. Jur. Publ. L. 8. §. 336. Reichenbach de Regali viar. public. jure. §. 6.

p) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. S. 272 u. f.

q) Pütter Elem. Jur. Publ. L. 8. C. 1. § 337. Puffendorf T. 4. Observat. 140.

Bau der Straßen und die Schifbarmachung der Flüsse in seinem Gebiete, sowohl von Einheimischen als Fremden, die sich der Straßen und Flüsse bedienen, einen Kostenbeitrag fordern, vorausgesetzt nämlich, daß derselbe in den Schranken der Billigkeit bleibt, mithin die anzuwendenden Kosten nicht offenbar übersteigt, und mit der Aufnahme des Handels und Wandels verträglich ist. Die Erhebung solcher Wegegelder und Flußgelder ist übrigens zu den geringeren oder accidentellen Regalien zu rechnen, und kömmt daher, der Regel nach, keinem andern als dem Landesherrn zu. r)

7.

Betrachtet man das Tonnen- und Baaken-Geld aus dem eben angegebenen Gesichtspuncte, so leidet es keinen Zweifel, daß der Magistrat der freien Reichsstadt **Bremen** oder dasjenige Collegium, dem der Magistrat in diesem Stücke seine Befugnisse übertragen hat, auch ohne eine besondere Vergünstigung und Verleihung berechtigt ist, von allen, nach Bremen selbst kommenden, sowohl einheimischen als fremden Schiffen und Waaren, die gedachte Abgabe zu erheben. In Rücksicht auf die eigenen Unterthanen der Stadt **Bremen** hat dieses wol nicht das geringste Bedenken; und was die Schiffe und das Eigenthum Auswärtiger betrifft, so ist es bekannt, daß fremde Unterthanen während der Zeit, da sie sich in einem andern Gebiete befinden, als

r) Pütter l. c. §. 336. Stryk de Jure pontium. C. 4. No. 45. Repertor. Jur. publ. et feud. Voce Zoll §. 11. Reichenbach Diss. de regali viar. public. jure. § 13 seq. Knichen de Super. territor. C. 1. No. 230. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. S. 273.

als Subditi temporarii angesehen werden, und daß sie und ihre Güter in so weit den Landesgesetzen, auch gewissen Classen der öffentlichen Abgiften unterworfen sind.

Diese in der Stadt Bremen selbst anzustellende Einforderung des Tonnen- und Baaken-Geldes würde jedoch schwerlich zur gehörigen Unterhaltung der nützlichen Sicherungsanstalt hinreichen, weil, wegen des seichten Wassers der Weser unterhalb Vegesak, alle große Schiffe nicht nach Bremen herauf, sondern nur bis Blexum, Brake und Elsfleth, im Oldenburgischen, kommen können, und ein großer Theil ihrer Ladungen von dort ab, unmittelbar und ohne Berührung des Stadtgebiets nach andern Orten geschaft wird. s) Die Bremer suchen daher die Zahlung des Tonnen- und Baaken-Geldes auch auf sämtliche, nicht bis an die Stadt selbst kommende, sondern nur den untern Theil der Weser berührende Schiffe und Waaren auszudehnen, und es kann nicht geleugnet werden, daß die Abgabe würklich an den benannten Hauptlandungsplätzen im Oldenburgischen von den daselbst anlangenden, sowohl nach Bremen gehörenden als auswärtigen, Schiffen und Gütern, für das Collegium Seniorum erhoben und berechnet wird. Durch diese, außerhalb des Stadtgebiets exercirte, Hebung des Tonnen- und Baaken-Geldes, die wahrscheinlich auf besondere Verträge mit der Oldenburgischen Regierung gegründet ist, hat sich, allem Anscheine nach, das Collegium Seniorum verleiten lassen, eine gleiche Einforderung der besagten Abgabe auch auf der andern Seite der Weser, im Herzogthum Bremen, geltend machen zu wollen. Werden gleich

s) Büsching Erdbeschreibung 2te Aufl. Th. 3. B. 3. S. 2790.

gleich im Herzogthume Bremen nicht häufig eigene Schiffe zur Seeschiffahrt ausgerüstet, so ist doch sowohl die sogenannte Binnen-Schiffahrt als der Handel der Chur-Braunschweigischen Unterthanen nicht unbeträchtlich. Die Beschwerung mit einer Abgabe durch einen Landes-Nachbarn kann weder der Landesregierung noch den Unterthanen gleichgültig seyn, und es ist daher gewiß eine für das Landesinteresse wichtige Frage:

Ob die freie Reichsstadt Bremen oder vielmehr das dortige Collegium Seniorum befugt sey, für Schiffe und Waaren, welche als das Eigenthum Chur-Braunschweigischer Unterthanen auf der Weser transportirt worden sind, ohne das Stadtgebiet zu berühren, das Tonnen- und Baaken-Geld innerhalb des Herzogthums Bremen zu verlangen und zu erheben?

8.

Diese Frage kam vor einigen Jahren auf folgende Weise zur gerichtlichen Entscheidung.

Der Einwohner Fimert Kurpenning, in dem zur Landeshoheit des Herzogthums Bremen gehörenden Dorfe Vegesak, erhielt nach seinem Wohnorte, die Weser herauf, von Bourdeaux aus, durch einen fremden Schiffer, eine Quantität Caffee von 6450 Pfund in 12 Fässern. Fünf Jahre nach Empfang der Waare, im September 1785, nahm der Aeltermann A. G. Kulenkamp zu Bremen, als damaliger Präses des dortigen Collegii Seniorum den Kurpenning bei dem Gerichte zu Vegesak in Anspruch, und

verlangte die Bezahlung von 1 Thlr. 6 Mgr. als das schuldige Baaken-Geld für die erhaltene Quantität Caffee.

Das Gericht erkannte am 25sten Februar 1786 gänzlich zum Vortheil des Collegii Seniorum folgendermaßen:

„Nachdem die implorantische Befugniß, von allen die Weser Seewärts aufgeführten Waaren das Tonnen- und Baaken-Geld zu erheben, in notorietate beruhet, daß Beklagter wegen der geständigen Seewärtsein erhaltenen 3 Boucaud, 3 Ochshöfte, 3 Tierties und 3 Quartjes Caffee, das eingeklagte Tonnen- und Baaken-Geld mit 1 Thlr. 6 Mgr. dem als Praeses Collegii Seniorum klagenden Aeltermann A. G. Kulenkamp innerhalb sechs Wochen zu bezahlen schuldig, demselben auch die angeursachten Gerichtskosten zu erstatten anzuweisen sey.“

Dieses Erkenntniß ward jedoch in der Appellations-Instanz, durch eine Sentenz des K. Hofgerichts zu Stade vom 2ten October 1786, in allen Stücken wieder aufgehoben. Der Präses des Collegii Seniorum fand sich hierdurch bewogen, an das K. O. A. Gericht zu appelliren, und er suchte hier die Anmaßung der streitigen Abgabe durch folgende Gründe zu rechtfertigen.

Erstlich ward behauptet, daß die Hebung des Beconagii schon an sich selbst aus der unbestrittenen Befugniß herfließe, die Weser mit Tonnen und Baaken zu versehen;

Zweitens bezog sich der Appellant auf den Inhalt des der Stadt Bremen von dem Kaiser Carl dem 5ten ertheilten Privilegii; und

Drit-

Drittens auf einen langjährigen, ja wohl gar unvordenklichen Besitz der Erhebung des Tonnen- und Baaken-Geldes von den unten in der Weser gebliebenen Schiffen und Gütern.

Diese Gründe waren aber auf keine Weise hinreichend, um dem Appellanten das Recht der angemaßten Abgabe zuzueignen.

9.

Geht man davon aus, daß die Tonnen und Baaken der Stadt Bremen innerhalb desjenigen Theils der Weser, der zum Herzogthume Bremen gehört, nicht anders, als vermöge einer Staats-Dienstbarkeit dieses Herzogthums existiren; t) nimmt man ferner an, daß die Erhebung der Wegegelder und Flußgelder, zu denen das Beconagium gehört, ein Regal oder Recht der Landeshoheit ausmacht, u) welches mithin in einem fremden Landesgebiete nur mittelst einer gleichen Staats-Dienstbarkeit ausgeübt werden kann; so folgt von selbst, daß das erste durch den Appellanten gebrauchte Argument darauf hinausläuft, eine Staats-Dienstbarkeit aus der andern herleiten zu wollen. Der Grundsatz, daß demjenigen, dem ein unbestrittenes Recht zukömmt, auch ohne Hinderung diejenigen Befugnisse zustehen müssen, die sich mit jenem Rechte in unzertrennlicher Verbindung befinden, kann nicht bezweifelt werden. v) Es entscheidet dieses

 aber

t) M. s. §. 5 dieser Abhandlung.

u) M. s. den Schluß §. 6. dies. Abhandl.

v) L. 13. §. 1. Dig. de Servit. praed. rustic. Engelbrecht de Servit. jur. publ. Sect. 2. Membr. 3. §. 19 seq.

aber für die Anmaßung der Stadt Bremen um deswillen nichts, weil die Erhebung des Beconagii keinesweges als eine natürliche und unzertrennliche Folge der Anlage und Unterhaltung der Tonnen und Baaken zu betrachten ist.

In Gemäßheit der deutschen Reichsverfassung sollte, der Regel nach, die den Landesherrn in ihren Gebieten obliegende Pflicht der Besserung und Unterhaltung der öffentlichen Straßen und schifbaren Flüsse, ohne alle fremde Beihülfe, entweder aus besondern dazu bestimmten Einkünften, oder durch den hergebrachten Beitrag der Unterthanen, erfüllt werden, und der Gebrauch jener Straßen und Flüsse müßte für Jedermann ohne Abgabe frei seyn. w)

Diese allgemeine Regel findet zwar, wie die Erfahrung zeigt, manchmal Ausnahmen, und es ist ein Landesherr in gewissen Fällen allerdings berechtigt, für die besonders kostbare Erhaltung dergleichen öffentlichen Anlagen, Wegegelder und Flußgelder zu fordern. Geht man aber auf den wahren Grund dieser Befugniß zurück, so liegt derselbe einzig darin, daß den Landesherrn die Unterhaltung öffentlicher Werke als Pflicht obliegt, daß sehr oft zur nothwendigen Unterhaltung so wenig die Kräfte der Unterthanen, als die besonders bestimmten Einkünfte hinreichen, und daß es in solchen Fällen eine überaus große Unbilligkeit enthalten würde, wenn die Landesherren verbunden seyn sollten, eine unab-

w) Reichs-Abschied von 1548. §. 20 u. von 1555 §. 87. Instrum. Pac. Osnabr. Art. 9. §. 2. Hertius de Superior. territor. §. 22. Dedel de Conservat. et reparat. viar. public. §. 9. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. S. 273. Fischer Lehrbegrif sämmtl. Cameral- und Polizei-Rechte. B. 3. S. 4. §. 5.

absagliche Pflicht, die ihnen nicht einst unmittelbaren Nutzen bringt, zum Vortheil fremder und einheimischer Reisenden und Handelsleute aus ihren eigenen Mitteln zu erfüllen. x) Die Landesherren sind daher selbst in ihren eigenen Gebieten nicht unbedingt befugt, Wegegelder und Flußgelder zu erheben. Es können diese Abgaben keinesweges als eine nothwendige oder unmittelbare Folge der Erhaltung und Sicherung öffentlicher Straßen und Flüsse betrachtet werden, und nur in dem Falle findet die Einforderung derselben, nach Recht und Billigkeit, statt, wenn jene Anstalten, des gemeinen Wohls wegen, auf eine so vorzügliche gute Art vorgerichtet und unterhalten werden, daß dazu weder die besonders bestimmten Einkünfte, noch die Kräfte der Unterthanen hinreichen. y)

Die Stadt Bremen ist nun ursprünglich gar nicht verbunden, die Weser in den Ländern fremder Reichsstände schifbar zu erhalten, und gewiß ist es nicht die Beförderung des allgemeinen öffentlichen Wohls, welches die Stadt dazu bewegt, außerhalb ihres Gebiets den Strom mit Tonnen und Baaken zu versehen. Die wahre Veranlassung zu dieser Sicherungsanstalt liegt offenbar blos in der Erhaltung und Vermehrung des Handels und der Schiffahrt von Bremen, mithin in dem eigenen und Privatinteresse der Stadt. Freilich haben auch die handelnden und schiffahrenden Unterthanen des Herzogthums Bremen von den Tonnen- und Baa-

x) Stryk de Jure Cataractar. C. 4. §. 3. p. 78. Dedel l. c. §. 14.

y) Lauterbach Coll. Th. Pr. T. 3. §. 13. p. 49. Klock Concl. 2. 4 et 8. Rosenthal de Feud. Cap. 5, Concl. 79. Dedel l. c.

Baaken Nutzen; dieser blos zufällige Vortheil, den man von Seiten der Stadt Bremen genießen lassen muß, weil man ihn nicht abändern kann, und weil derselbe eine nothwendige Folge des Daseyns der Anlage ist, begründet aber auf keine Weise schon an sich selbst die Verbindlichkeit einer dafür zu leistenden Renumeration. z)

Der einzige wahre Grund, der die Erhebung des Tonnen- und Baaken-Geldes im Herzogthume Bremen und von den dortigen Unterthanen zu einer unmittelbaren Folge der Erhaltung der Tonnen und Baaken machen könnte, ist in Rücksicht auf die Stadt Bremen durchaus unerfindlich. Die unbestrittene Befugniß, die Weser mit Tonnen und Baaken zu versehen, schließt also nicht stillschweigend auch das Recht in sich, die Unterthanen im Herzogthume Bremen zu besteuern, und wenn man von Seiten der Stadt Bremen ein solches Recht behauptet, so maßt man sich augenfällig eine besondere, für sich selbst bestehende Staats-Dienstbarkeit an, die um so weniger aus der Unterhaltung der mehrgedachten Sicherungsanstalt innerhalb des Chur-Braunschweigischen Landesgebiets hergeleitet werden kann, da bekanntlich alle Servituten, besonders aber die Staats-Dienstbarkeiten, einschränkungsweise zu erklären sind, und von dem Daseyn einer Servitut nicht auf das Daseyn einer andern, stände diese

z) Arg. L. 82. Dig. de Reg. Jur. L. 6. §. 4. de Negot. gest. Juris enim est, quod quoties in sui utilitatem principaliter quis impendit, etsi aliis in consequentiam prosit, expensum non repetat. Georg Becht de Securit. et Salv. Cond. Th. 51. Sam. Stryk Diss. de Jure pontium. C. 3. No. 24 seq.

diese auch mit der ersten in der nächsten Verbindung, gefolgert werden darf. a)

10.

Es würde demnach, zur Begründung des Rechts, innerhalb der Landeshoheit des Herzogthums Bremen das Tonnen- und Baaken-Geld zu erheben, ein specieller strenger Beweis erforderlich seyn, und zu diesem kann der Inhalt des schon oben berührten, der Stadt Bremen am 20sten Julius 1541 von Regensburg aus, durch den Kaiser Carl den 5ten ertheilten Privilegii, nicht dienen, obgleich darin ausdrücklich vorkömmt, daß der Stadt die Befugniß bestätigt

a) Arg. L pen. Dig. de Serv. U. P. Mevius P. 3. Decis. 36. No. 3. Engelbrecht Diss. de Servit. jur. publ. F. 2. Memb. 3. §. 14. Pütters Rechts-Fälle. Th. 2. S. 401.

Sehr irrig würde man sich von Seiten der Stadt **Bremen**, zur Widerlegung der vorgetragenen Grundsätze, auf das Beispiel der Stadt **Hamburg** beziehen, welche auf der Elbe von sämmtlichen Schiffen, es mögen dieselben zur Stadt herauf kommen oder nicht, das Tonnengeld erhebt. Die Hebung des Hamburgischen Tonnengeldes von Schiffen und Gütern, die unten in der Elbe bleiben, geschieht nicht an allen beliebigen Orten und in fremden Gebieten, sondern, entweder zum **Neuenwerk** oder zu **Cuxhaven**, wo der Stadt **Hamburg** die Landeshoheit zusteht. Ueberdies gründet sich die unten in der Elbe anzustellende Hebung auf ein besonderes Privilegium Kaisers **Ferdinand** des 2ten von 1628, welches ausdrücklich besagt: daß die Hamburger Recht haben sollen, von allen und jeden Schiffen, die das **Neuewerk** passiren, **ob sie gleich die Stadt Hamburgs nit berühren**, das Tonnengeld, oder wie es auf der Elbe heißt, den **Neuenwerks**- oder **Werkzoll** zu erheben. M. s. h. **Klefekers** Sammlung Hamburg. Gesetze und Verfassungen. Th. 12. § 8. S. 591.

Der Fall der Stadt **Hamburg** ist also sehr von demjenigen unterschieden, worin sich die Stadt **Bremen** befindet, und es beweiset derselbe mehr wider als für die Anmaßung des **Collegii Seniorum** zu B.

tigt und erneuert werde, Seetonnen und Baaken zu legen und aufzurichten, und davon zu Erstattung des Unkostens, wie von Alters her, einzunehmen. b)

Zuvörderst redet diese Stelle zwar von einer verstatteten Hebung des Tonnen-Geldes, bestimmt aber überall den Ort nicht, wo diese Hebung geschehen soll, und ob solche auch außerhalb des Städtischen Gebiets angestellt werden könne. Es ist ferner die einseitige Befugniß und Absicht des Kaisers, bei der, im Jahre 1541 schon existirenden Landeshoheit, der Stadt Bremen ein Hoheitsrecht in einem fremden Gebiete zu verleihen oder zu confirmiren, um so gewisser zu bezweifeln, da der Verleiher selbst, auf nachdrückliche Vorstellungen des Bremischen Erzbischofes Christoph, am 10ten März 1544 von Speier aus, den Bremern erklärte: *Wie es in Gebung der berührten Privilegien und Confirmationen, sonderlich von wegen der Weser und andrer Wasserströme, der Wille nicht gewesen sey, den Erzbischöflichen Regalien dadurch einen Abbruch zu thun, und daß daher die Stadt Bremen, das 1541 erhaltene Privilegium zum Nachtheil Erzbischöflicher Rechte nicht gebrauchen solle.* c)

Sollte man aber auch über diese wichtigen Bedenklichkeiten ganz hinausgehen, und annehmen, der Inhalt des Pri-

b) **Lünig** R. A. Th. 13. S. 245 u. f.

c) M. s. §. 4. Not. 24 dieser Abhandlung, woselbst auch bereits bemerkt worden ist, wie ungegründet der, bei Gelegenheit der vormaligen Streitigkeiten mit der Krone Schweden, in einer damals herausgekommenen Streitschrift (Assert. Libertatis Reipublicae Bremensis p. 386) gebrauchte Vorwand sey, daß die Stadt **Bremen** die Declaration von 1544 nie insinuirt erhalten habe.

Privilegii passe völlig auf den vorliegenden Fall, und die Declaration von 1544 habe keine verbindende Kraft für die Stadt Bremen; so würde doch die Kaiserliche Verleihung von 1541, für sich allein, nie im Stande seyn, im 18ten Jahrhunderte die Rechtsbeständigkeit einer Staats-Dienstbarkeit darzuthun; vielmehr müßte zu diesem Ende nothwendig auch constiren, daß das Privilegium auf unsere Zeiten gekommen, und nicht durch die, seit 1541, sehr veränderten deutschen Staatsverhältnisse mit so manchen andern alten Begnadigungen, aufgehoben und außer Gebrauch gekommen sey. Hiervon findet sich aber auch nicht die entfernteste Spur. In keiner Sammlung gedruckter Urkunden und bei keinem Schriftsteller ist eine Nachricht darüber anzutreffen, daß die Verleihung von 1541 durch irgend ein nachfolgendes Kaiserliches Privilegium ausdrücklich wiederhohlt oder bestätiget worden sey; und dieser Umstand bleibt um so merkwürdiger, da nicht allein Kaiser Carl der 5te der Stadt Bremen, nachdem solche von der Reichsacht absolvirt worden, worin sie wegen des Schmalkaldischen Krieges verfallen war, manche andere vorherige Privilegien, z. B. ein Privilegium de non appellando, 1554 ausdrücklich wiederholt und erneuert hat; [d]) sondern auch des Lünigs und Lunnäus Sammlungen von Urkunden deutlich zeigen, wie sorgsam die Stadt Bremen darauf bedacht gewesen ist, jedes ihrer würklich noch existirenden und nur irgend wichtigen Privilegien unter jeder Kaiserlichen Regierung sich ausdrücklich wiederhohlen und bestätigen zu lassen. Durch den Westphälischen Frieden ward der Krone Schweden das ehemalige

d) Lünig R. A. Th. 13. S. 252. 254.

lige Erzstift Bremen, nebst allen Rechten zu Wasser und zu Lande, was für Namen sie nur haben mögten, zu einem Reichslehn übertragen, und die Stadt Bremen erhielt blos die Versicherung, daß ihr die Rechte innerhalb des städtischen Gebiets und in Rücksicht ihrer eigenen Unterthanen vorbehalten bleiben sollten. e) Endlich enthalten sämtliche, mit der Krone Schweden und dem Churhause Braunschweig eingegangene, Verträge der Stadt Bremen, kein Wort von der Würksamkeit jenes alten Privilegii und von einer dadurch zu begründenden Hebung des Tonnen- und Baaken-Geldes im Herzogthume Bremen. Alles dieses zeigt hinlänglich, daß die Begnadigung Kaisers Carl d. 5ten nicht mit Kraft und Verbindlichkeit auf unsere Zeiten gekommen ist, und daß das mehrerwähnte Privilegium blos als ein veraltetes Denkmal ehemaliger städtischer Macht angesehen werden muß.

II.

Ein hinlänglicher Besitzstand der, von Seiten des Collegii Seniorum innerhalb der Landeshoheit des Herzogthums Bremen exercirten, Hebung des Tonnen-Geldes von Chur-Braunschweigischen Unterthanen ist gleichfalls unerweislich. Es kann freilich nicht geleugnet werden, daß im vorigen Jahrhunderte zu Vegesak und Geestendorf, im Herzogthume Bremen, Einnehmer des Tonnen-Geldes von Seiten des Collegii Seniorum bestellt gewesen sind. f) Diese älte-

e) Instrum. Pac. Osnabrug. Artic. 10. §. 7 et 8.

f) Um diese ältere Hebung des Tonnen-Geldes darzuthun, producirte das Collegium Seniorum in dem Reichsstreite gegen **Eimert Kurpenning** folgende drei Urkunden:

1)

ältere Ausübung der Hebung entscheidet aber um deswillen nichts, weil der Beweis der ununterbrochenen Fortsetzung derselben, oder des neueren Besitzstandes gänzlich fehlt. g) Das Collegium Seniorum gesteht es selbst ein, daß die Bestellung besonderer Einnehmer des Tonnen-Geldes innerhalb des Herzogthums Bremen schon im vorigen Jahrhunderte völlig aufgehoben worden sey, und die von dem gedachten Collegio beigebrachten Cassen-Bücher, Schiffer-Register und Schiffer-Rescontre-Bücher von den Jahren 1701 bis 1785 enthalten auch nicht ein einziges Beispiel davon, daß ein Einwohner des Herzogthums Bremen von seinen Schiffen oder Gütern, die, ohne das Stadtgebiet zu berühren, auf der Weser zu ihm gelangt sind, an seinem Wohnorte oder überhaupt im Herzogthume Bremen, die besagte Abgabe entrichtet habe. Ohne Zweifel liegt der Grund hiervon darin, daß die Schwedische und nachmals die Chur-

 Braun-

1) Eine Instruction vom 8ten August 1655 für den damaligen Haafenmeister **Henrich Pundt** zu **Vegesak**, wodurch dieser ermächtiget wird: daß er jederzeit bei allen die Weser auf und abfahrenden Schiffen sich angebe, einen Paß wegen des Tonnen- und Baaken-Geldes von ihnen abfordere, auch von denen, so selbigen aufzuweisen verwegern, ohne Unterschied, nicht allein nach Roggen-Lasten des Schiffes, sondern auch von den eingeladenen Waaren, die schuldige und nicht erledigte Gebührniß erhebe.

2) Eine Vollmacht des Collegii Senior. vom 12ten März 1657 für den Rittmeister und Voigt des Vielandes **Georg Ahrensen** zu Geestendorf, vermöge welcher der Bevollmächtigte von allen den Geesteſtrom auf und abfahrenden Schiffen, auch ein und ausfahrenden Gütern, Namens des Collegii Senior, das Tonnen- und Baaken-Geld fordern und einnehmen soll.

3) Eine Vollmacht gleichen Inhalts vom 24sten Julius 1680 für den Voigt des Vielandes, **Daniel Claessen zu Geestendorf.**

g) Conf. Puffendorf T. 2, Observat. 112. p. 448.

Braunschweigische Regierung zu Stade in neueren Zeiten ernstlicher darauf bedacht gewesen ist, ihre Unterthanen gegen die Anmaßungen der Stadt Bremen zu schützen, über welchen Umstand folgende, bis jetzt noch ungedruckte, aber actenkundige Vorgänge, zum besten Beweise dienen können.

Bei Gelegenheit der, im Jahre 1739, bei der K. Regierung zu Stade mit der Stadt Bremen gepflogenen Unterhandlung, kam unter andern auch die Beschwerde der Schiffer zu Vegesak, Ronnebek und Fehre, wegen Abforderung des Tonnen- und Baaken-Geldes vor, und die Bremer Deputirten erklärten ausdrücklich:

„Es wäre der Stadt Intention überall nicht, daß den „Schiffern neuerlich etwas Unbilliges zugemuthet wer„den solle. Es verhalte sich aber die Sache folgenderge„stalt: daß die Querulanten oder deren Vorfahren in al„ten Zeiten keine andere als nur kleine Kahnen von 3, 4 „bis 5 Last gehalten, welche dieselben auch nur zur Lö„schung anderer größerer Schiffe gebrauchen, auch keine „andere als nur kleine Fahrten in der Nähe, als nach der „Geest und ins Land Wursten, damit thun können, dan„nenhero dieselben mit dem Last- und Hafen-, wie auch „Tonnen- und Baaken-Gelde verschonet worden.“

Die Bremer Deputirte suchten inzwischen die geschehene Einforderung des Tonnen-Geldes durch den Vorwand zu entschuldigen, daß die gedachten Schiffer sich jetzt größere Fahrzeuge, welche als Kauffahrteischiffe anzusehen wären, angeschaft hätten, mithin auch, da sie gleichen Nutzen, wie die Fremden von Legung der Tonnen und Baaken, genössen, billig die dafür übliche Abgabe entrichten müßten.

Allein

Allein dieser Behauptung widersprachen nicht nur die Vegesacker, Ronnenbecker und Fehrer Schiffer, sondern die K. Regierung zu Stade war mit jener, und der darauf gefolgten, Erklärung der Stadt Bremen, daß diejenigen Schiffe, welche nur 8 Last und darunter führten, von den obberegten Ungeldern frei seyn sollten, durchaus unzufrieden. Im Jahre 1740 weigerte sich der Schiffer Hoslop, Tonnen- und Baaken-Geld zu entrichten, und der Magistrat zu Bremen ließ, um ihn dazu zu nöthigen, sein Fahrzeug mit Arrest beschlagen. Die K. Regierung zu St. drang aber, unter Aeußerung der oben angeführten Gesinnungen, so nachdrücklich auf die Loslassung des verkümmerten Schiffes, daß diese, und zwar unentgeldlich, von Seiten der Stadt B. verfüget ward. Ein ähnlicher Vorfall eräugnete sich 1741 mit einigen Blumenthalischen Schiffern, denen man Tonnen- und Baaken-Geld abgenommen hatte. Die Vorstellung der K. Regierung machte auch dieſesmal einen solchen Eindruck, daß die Stadt Bremen in der am 13ten Julius 1741 erlassenen Antwort bezeugte:

„Sie habe bereits die Verfügung getroffen, daß das
„ausgelegte Geld den Schiffern, so bald sie sich desfalls
„melden würden, restituirt werden solle."

In dieser Lage befand sich die Sache, als die abgebrochenen Unterhandlungen von 1739 zwischen der K. Regierung und der Stadt Bremen wieder angeknüpft wurden.

Letztere wiederhohlte dabei ihr voriges Erbiethen, alle Schiffe, die 8 Lasten und darunter führten, mit dem Tonnen- und Baaken-Gelde zu verschonen; allein dieser Antrag wurde von der K. Regierung am 22sten Julius 1741 mit der Erklärung verworfen: „Man könne nicht zugeben und ge-

„gestatten, daß den Königlichen Unterthanen ein neuer Im„post aufgebürdet werde.“ Bei dieser Erklärung ist man auch in der Folge, der wiederhohlten Vorstellungen der Stadt Bremen ungeachtet, verblieben; ja als leztere, am 30sten April 1742, nochmals darauf antrug, und zugleich äußerte, man werde das unbezahlte Tonnen- und Baaken-Geld von den Königlichen Unterthanen durch Zwangsmittel beizutreiben suchen, wurde der Magistrat auf die älteren Aeußerungen verwiesen und ihm zugleich bedeutet, dergleichen Maasregeln ja nicht zu ergreifen.

Nimt man auch nur auf diese Vorgänge Rücksicht, so wird es beinahe unbegreiflich, wie man von Seiten der Stadt Bremen es wagen konnte, im Jahre 1786 den ungestöhrten, unvordenklichen Besitz der Hebung der mehrerwähnten Abgabe im Herzogthume Bremen, und von den dortigen Unterthanen in gerichtlichen Eingaben zu behaupten.

12.

Der gänzliche Mangel des Beweises einer Befugniß, das Tonnen- und Baaken-Geld von Chur-Braunschweigschen Unterthanen innerhalb des Herzogthums Bremen zu erheben, bewog das K. O. A. Gericht in Sachen des Collegii Seniorum zu Bremen Kläg. und Appellanten, wider Eimert Kurpenning zu Vegesak Beklagt. und Appellaten, mittelst der, nachmals rechtskräftig gewordenen, Sentenz vom 3ten Julius 1790 zu erkennen:

„Daß vom Richter voriger Instanz wohl gesprochen, „übel appellirt, mithin Sententia a qua lediglich zu bestä„tigen sey.“

II Erörterung.

Bemerkungen über die except. non numeratae pecuniae ad §. 5 u. 6. des Justiz-Reglements v. J. 1718.

Ein schriftlich ausgestelltes Eingeständniß über eine contrahirte Schuld — Schuldschein, Handschrift — hat bekanntlich vor dem Ablauf einer gewissen, in den Gesetzen bestimmten, Zeit gar keine Würkung und Kraft. Die Beziehung auf dieses Recht wird exceptio non numeratae pecuniae genannt.

Was das Civilrecht von derselben bestimmt und was verschiedene Schriftsteller über diese Lehre vorgetragen haben, [a] soll hier nicht umständlich wiederhohlt, sondern es sollen nur kürzlich die Abweichungen unsrer Landesgesetze von den Vorschriften der gemeinen Rechte, in Absicht dieser Lehre, gezeigt werden.

1.

In dem Civilrechte wird die gesetzliche Frist, worin diese Einrede eingeschränkt ist, auf zwei Jahre gesetzt. Ist die Handschrift zwei Jahre alt, so entstehet daraus eine unbedingte Zahlungsverbindlichkeit. Unsere Landesgesetze aber schränken die gesetzliche Frist auf drei Monat ein.

2.

a) Meurer, die Lehre von der except. non numeratae pecuniae auf ihre genuinen Grundsätze zurückgeführt, in deff. jurist. Abhandl. und Beobachtungen Samml. 1. Leipz. 1780. No. 2.

2.

Nach gemeinen Rechten setzt diese Berufung, vor Ablauf der Verjährungsfrist, denjenigen, welcher die Handschrift in Händen hat, in die Nothwendigkeit, die Wahrheit des Inhalts derselben — daß die Numeration geschehen sey — auf andere Weise, durch Urkunden, Zeugen, oder Eidesdelation darzuthun. b) Allein auch in diesem Stücke weicht unsere Gesetzgebung ab:

„So wollen wir, heißt es, daß das dero Behuf in Rechten verordnete biennium auf drei Monat restringiret, und **Beklagter** — der Debitor, Aussteller der Handschrift — **auch binnen solcher Zeit** mit dieser exception **nicht gehöret werden** solle, **wo** er solche, in dem angesetzten termino, **nicht erweisen kann**; *es bleibet aber Beklagten letztern Falles unbenommen*, Klägern in der Widerklage deßfalls zu besprechen."

Hiernach muß also der Aussteller der Handschrift, der Debitor, selbst, binnen der zur Verjährung der Einrede bestimmten drei monatlichen Frist, erweisen, daß das Capital nicht an ihn bezahlet sey. c) Indeß ist doch diese Verordnung, in Absicht des dem Schuldner aufliegenden Beweises, anscheinend nicht ganz deutlich; d) weil gleich darauf von dem Beweise des Gläubigers folgendes bestimmt wird:

„Sollte auch ein debitor **binnen besagter Zeit** — nemlich vor Ablauf dreier Monate — **sich dieser** exception be-

b) **Meurer** a. a. O. §. 75 ff.

c) Puffendorf Tom. 1. obs. 64. §. 4.

d) **Klaproth** Einleit. in sämtl. summar. Processe hat solches S. 183. n. f. schon angemerkt.

bedienen und der Gläubiger bewiese denn die numeration etc.“

Aber diese anscheinende Undeutlichkeit läßt sich leicht heben. Der erste Theil dieser Verordnung redet, wie der ganze Zusammenhang deutlich ergiebt, e) vom Executivprocesse. Nach der Meinung einiger Juristen soll derselbe vor Ablauf der gesetzlichen Frist, worin die except. n. n. p. eingeschränkt ist, gar nicht statt finden f) und hieraus sowohl, als wenn diese Einrede, wie oft geschiehet, nur deßhalb vorgebracht wird, um den Proceß aufzuhalten, erwächst für den Gläubiger ein unverkennbarer Nachtheil; weil ihn dadurch oftmals ein unnöthiger und kostbarer Beweis aufgebürdet und die Zahlung verzögert wird. Um nun diesen Mängeln abzuhelfen und den für den Gläubiger schädlichen Nachtheil zu entfernen, wird genau vorgeschrieben:

1) daß der executiv Proceß auch binnen, und also noch vor Ablauf, der bestimmten Frist von drei Monaten, angestellt werden kann;

2) daß der Schuldner zwar, wenn der Gläubiger auch während dieser Zeit den Executivproceß angestellt hat, die except. n. n. p. soll opponiren können; daß aber er und nicht der Gläubiger selbige, in dem präfigirten Termine ad agnoscendum, sofort erweisen, und wenn er solches nicht vermag, alsdann

3)

e) Dieses ergeben die Anfangsworte des §. 5. u. 6 ganz bestimmt, nach welchen der Zweck dieser Verordnung in der Aufrechthaltung des Credits bestehet; daher soll allen Forderungen, aus klaren Brief und Siegeln, schleunige Rechtshülfe verschafft werden.

f) Ludovici im Civilproc. H. 3. §. 2.

3) mit dieser Einrede zur besondern Ausführung, ad separatum, verwiesen werden soll. g)

Der zweite Theil dieser Verordnung: „Sollte auch ein debitor“ u. s. w. hingegen, handelt von der Widerklage, oder vielmehr von dem iudicio separato und von der querela non numeratae pecuniae.

Wenn nemlich der Schuldner in termino seine vorgeschützte Einrede des nicht empfangenen Geldes sofort nicht hat erweisen können, und er stellt nun das Separatum, oder, wie sich die Verordnung ausdrückt, die Widerklage binnen drei Monaten an; oder aber er fürchtet, daß der Gläubiger erst nach Verlauf der bestimmten Frist gegen ihn klagbar werden würde, und er nimmt nun per modum actionis seine Zuflucht zur except. n. n. p., d. h., er stellt die querelam n. n. p. innerhalb dreier Monate wider den Gläubiger an; alsdann soll es in diesen Fällen bei der Vorschrift des gemeinen Rechtes bleiben, mithin der Creditor die geschehene Numeration auf andere Art darthun.*)

Auf

g) So dürften die Worte der Verordnung zu verstehen seyn: „es bleibt aber Beklagten letztern Falles — wenn er nemlich in termino die entgegengestellte except. n n. p. nicht sofort erweisen kann — unbenommen, Klägern in der Widerklage deßfalls zu besprechen.“ Denn, könnte der Beklagte gleich mit seiner Exceptionsschrift die Widerklage verbinden, und sollte solche mit dem Executiv-Proceß zugleich verhandelt und entschieden werden können und müssen; alsdann dürfte die Absicht der Verordnung fast immer zu vereiteln seyn. **Korrens** Anleit. zum Proceß. B. 3. Hauptst. 2. §. 19. Pufendorf in proc. B. L. Cap. IV. §. 23.

*) Die Wirkung dieser gesetzlichen Wohlthat, vermöge welcher der Beweis auf den Gläubiger zurückfällt, ist durch den Executiv-Proceß nur aufgeschoben, aber nicht entzogen worden. M. s. **Gmelin** u. **Elsässer** jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle. B. 2. No. 2. **Gönner** jurist. Abhandl. Th. 1. Abh. 3.

Auf solche Weise möchte, nach der Absicht der Verordnung, die anscheinende Undeutlichkeit derselben völlig gehoben werden können.

3.

Verschiedene Schriftsteller h) behaupten, daß diese Einrede im Executivproceß überall nicht zuläßig sey. Nach Vorschrift obiger Verordnung ist sie aber auch hierin zugelassen, nur muß sie in dem angesetzten termino ad agnosc. vel iurato diffitendum sofort vom Schuldner erwiesen werden können, d. h. sie muß in continenti liquide zu machen seyn.*) Dieser Beweis kann nun durch das Eingeständniß des Gläubigers aus klaren Documenten, i) oder durch unverwerfliche Zeugen k) geführt werden. Es fragt sich indeß hierbei: ob auch der Beweis durch Eidesdelation zuzulassen sey?

Gegen ein schriftliches Eingeständniß, welches Schuldscheine und Handschriften enthalten, soll eigentlich nur liquida et manifestissima probatio zugelassen werden. Die Eidesdelation ist zwar ein geschwinder, aber kein liquider und offenbarer Beweis. Es ist auch der Vernunft gemäß, daß, wer einmal schriftlich eingestanden hat, nun dem an-

 dern

h) HELLFELD in pandect. §. 787. Gönner a. a. O.

*) Dies ist auch sehr natürlich. Denn wenn sich eine Sache zum Executiv-Processe qualificirt hat, so kann unmöglich der Rechtsgang durch eine in continenti nicht liquide Einrede gehemmt werden; wenn man nicht zugleich annehmen will, daß ein vollkommner Beweis – klare Briefe und Siegel — durch einen unvollkommnen — bloße Vermuthung — unkräftig gemacht werden könnte.

i) L. 25. §. 4. de probat. L. 13. C. de N. N. P.

k) L. 14. C. de contrah. vel committ. Stip.

dern nicht mehr zumuthen kann, einen Eid noch darüber abzuleisten, daß das Eingeräumte auch wahr sey. Es ist daher der Theorie und der Natur der Sache weit mehr angemessen, wenn bei einem vorhandenen schriftlichen Geständniß der Eid verworfen wird. l) Gleichwohl pflegt in Praxi die Eidesdelation — auf die Verordnungen des canonischen Rechts gestützet m) — zugelassen zu werden.

In Gemäßheit unserer Landesvorschriften ist indeß zwischen dem Executivprocesse und dem iudicio separato ein Unterschied zu machen. Bei dem ersten wird die Eidesdelation verworfen; n) denn wenn der Schuldner dem Gläubiger einen Eid über den Nichtempfang, oder darüber deferiret, daß er ihm das Geld wirklich ausgezahlet habe; so läuft solches allezeit wider den Inhalt des instrumenti selbst. Von dem Separato, wenn der Executivproceß geendigt ist, und ob darin die Eidesdelation zuläßig seyn soll? enthält jene Vorschrift nichts und deßhalb pflegt hierin, nach der gemeinen Meinung der Practiker, die Eideszuschiebung zugelassen zu werden. o)

4.

Wenn aus einer Handschrift executivisch geklagt ist, so muß der Schuldner seine Einreden 8 Tage ante terminum ein-

l) **Meyrer** a. a. O. §. 5 ff.

m) Cap. 14. X. de fide instrum. **Klaproth** a. a. O. S. 190. n. b.

n) Justiz-Reglem. §. 5. „Welcher denn auch — nemlich der de- oder referirte Eid — **wenn er nicht wider den Inhalt des** *instrumenti* **selbst läuft**, sondern zu dessen **Erfüllung** gereichet, in eodem termino abgestattet werden soll."

o) A PUFENDORF a. a. O. §. 9.

einbringen und, wie er solche zu beweisen gemeinet, anzeigen; in termino selbst aber den Beweis derselben so fort klar führen. Gesetzt aber, er kann solches in termino nicht sogleich bewerkstelligen; alsdann fragt es sich: ob ihm zum Beweise der Einreden noch eine Frist zu setzen sey? Aus bescheinigten erheblichen Ursachen soll sodann, zu dem Ende, noch eine Frist von 4 Wochen gestattet; hernachmals aber der Schuldner nicht weiter, als aus gar besondern wichtigen Ursachen, damit gehöret werden. p)

5.

Noch ist es eine Behauptung, die von dem größten Haufen der Rechtsgelehrten q) vertheidigt wird, daß der Schuldner, nach Ablauf der gesetzlichen Frist von zwei Jahren, das Darlehn wieder bezahlen müsse und daß kein Beweis gegen den Inhalt der Handschrift, nemlich: daß er nichts empfangen habe, weiter statt finden könne. Aber das Irrthümliche dieser Lehre hat **Meurer** r) nach Verdienst gezeigt.

Die mehrmals angeführte Verordnung entscheidet diesen streitigen Punct gar nicht. Allein es kann, bei der Einschränkung der Verjährungsfrist auf drei Monat, wohl

 nicht

p) Justiz-Reglem. §. 5. am Ende.

q) **Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien** B. 5. S. 12 ff. WALCH in controv. iur. p. 361.

r) a. a. O. §. 39 ff. Vergl. C. A. **Brauns** Abh. ob es eine blos eingebildete Billigkeit sey, wenn die Rechtsgelehrten den Beklagten nach zwei Jahren noch mit der Ausflucht des nicht bezahlten Geldes hören und mit dem Beweise zulassen? Erlang. 1749. **Röchy** Meditationen S. 151 ff.

nicht die Absicht gehabt haben, nach dem Verlaufe derselben, den Schuldner überall nicht mehr mit dem Beweise dieser Exception zu hören, weil sonst der debitor überaus unbillig behandelt werden würde; indem nach gemeinen Rechten die Frist doch auf zwei Jahre eingeschränkt ist. Nach dem billigen Gerichtsgebrauche s) wird daher, wenn der Executivproceß geendigt ist, nicht nur nach dem Verlaufe von drei Monaten, sondern auch nach Ablauf von zwei und mehren Jahren, der Schuldner mit jener Einrede in separato zugelassen, wenn er den Beweis derselben übernimmt.

6.

Kann der Schuldner, bei angestelltem Executivproceß, jede Einrede nicht sofort in termino erweislich machen und er wird also damit zur besondern Ausführung erwiesen; alsdann soll er nur sodann zur Bezahlung verurtheilt werden, wenn der Gläubiger völlig solvendo ist. Ist der Kläger aber nicht solvendo, so muß er vor der Auszahlung deßfalls Caution stellen, oder so viel Geld, als der Beklagte fordert, gerichtlich deponiren. t)

7.

Wenn ein Schuldner diese Einrede wider besser Wissen und Gewissen vorbringt und sie also calumniose opponirte; so wird er nach dem gemeinen Rechte zum Ersatze des Duplums condemnirt. u) Nach unserer Verordnung aber soll

s) A PUFENDORF a. a. O. §. 4.

t) Justiz-Reglem. §. 5. a. E.

u) Auth. contra C. de N. N. P.

soll alsdann der Schuldner nicht allein dem Gegentheil allen Schaden und Unkosten zu bezahlen schuldig seyn, sondern er soll auch in eine ansehnliche Geld- oder wohl Leibesstrafe, seines Frevels halber, condemnirt werden. x)

III Erörterung.

Ueber den Unterschied, das Eigenthum, und das Benutzungsrecht der verschiedenen Arten des fließenden Wassers.

I.

Der in den Gesetzen vorkommende Unterschied zwischen den öffentlichen und Privatflüssen a) hat unstreitig den wesentlichsten Nutzen, in Rücksicht auf die Bestimmung der an dem Flußwasser zustehenden Befugnisse. Sehr oft entstehen daher Zwistigkeiten über die wahre Eigenschaft eines fließenden Wassers, und die Entscheidung derselben wird nicht selten dadurch schwierig, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten, über die Unterscheidungsmerkmale eines öffentlichen und Privatflusses so sehr verschieden sind, daß schon der bekannte Schriftsteller Hering klagt: Tot involucris, totque maeandris, juris Interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt, ut vix adpareat, cui parti sit adhaerendum. b)

Es

x) Justiz-Reglem. §. 6. a. E.

a) L. 1. §. 3 et 4. Dig. de Fluminib.

b) Hering Tract. de Molendinis Qu. 15 No. 1.

Es würde ein äußerst weitläuftiges und wenig nutzbares Geschäft seyn, sämtliche, oft sich völlig widersprechende, Grundsätze der Rechtslehrer über diesen Gegenstand aufzuführen, und es ist gewiß zureichend, nur die vorzüglichsten und am mehrsten von einander abweichenden Meinungen zu bemerken. Verschiedene, besonders ältere Schriftsteller, gründen den Unterschied eines öffentlichen und Privatflusses lediglich auf die stete oder unterbrochene Dauer desselben und behaupten, daß jedes Wasser, welches ununterbrochen und zu allen Jahreszeiten fließe, ein öffentlicher Fluß — flumen publicum —, dasjenige aber, welches im Sommer austrockne und nur im Winter ströme, ein Privatfluß — flumen privatum — sey. c) Andere suchen den Unterschied nur in der mehreren oder minderen Größe des fließenden Wassers, und halten, im Gegensatze von Privatflüssen, diejenigen Flüsse für öffentliche, oder flumina publica, welche eine ansehnliche Größe haben, und entweder bereits schiffbar sind, oder doch schiffbar gemacht werden können. d)

Noch andere definiren, zum Unterschiede von Privatflüssen, das Wesen eines öffentlichen Flusses dahin: daß es ein Wasser sey, welches auf öffentlichen Grund und Boden — in fundo publico — entspringt, und durch denselben fortfließt. e) Endlich fehlt es auch nicht an Schriftstellern, die bei Feststellung des beregten Unterschiedes blos auf

c) Bartolus Tract. de Fluminibus Lib. 1. Verb. flum. No. 1 et 2.

d) Andr. Knichen Comment. de Saxon. provinc. Jure C. 5. No. 154 seq.

e) Math. Wesenbacius Parat. Dig. de flumin. No. 3.

auf den Gebrauch der von dem fließenden Wasser gemacht wird, und auf die dieserwegen vorhandene Gewohnheit oder Verjährung Rücksicht nehmen.

2.

Wenn man die Meinungen dieser Rechtslehrer nur mit einiger Aufmerksamkeit durchgeht, so überzeugt man sich leicht, daß der Grund der auffallenden Verschiedenheit ihrer Behauptungen darin liegt, daß sie theils, ohne auf die Natur der Sache selbst die gehörige Rücksicht zu nehmen, sich blos an die Worte römischer Gesetze hielten, die freilich den Gegenstand nicht ganz deutlich entscheiden; f) und daß anderntheils die mehrsten von ihnen den Umstand nicht gehörig in Betracht zogen, daß der Gesichtspunct, woraus das Eigenthum und der Gebrauch des Wassers, nach dem ältern römischen Rechte, und besonders in dem democratischen Zustande des römischen Reichs, betrachtet ward, schon unter der monarchischen Regierung dieses Staats, noch vielmehr aber nach der bei uns eingeführten Landeshoheit eine große Veränderung erlitten hat. g) Die auffallende Verschiedenheit der Meinungen jener Rechtslehrer mag sich aber auch gründen worauf man will; so ist es doch nicht zu verkennen, daß man keine der vorerwähnten Lehren schlechthin und allein annehmen kann, ohne dadurch bei der Anwendung derselben auf jedem Schritte in die größten Widersprüche zu gerathen. Woll-

f) HERING l. c. No. 12 seq.

g) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. 25. Med. 102. KLIPSTEIN de Domin. Rheni. §. 2 et 4. HERTIUS de superiorit. territor. §. 47. Lib. 2. feudor. Tit. 56.

Wollte man alle stets fortfließende Wasser, im Gegensatze derjenigen die im Sommer vertrocknen, für öffentliche Flüsse ansehen, so würde es, zumal in platten Gegenden, beinahe gar keine Privatflüsse geben, und es würden sich letztere blos auf temporelle Waldströme und elende Pfützen einschränken, welchem doch die tägliche Erfahrung widerspricht. Dahingegen dehnte man offenbar den Begrif eines Privatflusses zu weit aus, wenn man blos alle schiffbare, oder schiffbar zu machende Wasser für öffentliche Flüsse halten wollte. Niemand wird es leicht in Abrede stellen, daß der vom Harzgebirge kommende, und bekanntlich zum Herrschaftlichen Holzflößen und zu dem Betriebe mehrerer Mühlen benutzte, Rhumefluß bei Nordheim, ein öffentlicher Fluß sey, und doch ist es sehr zu bezweifeln, daß dieses, *mehrentheils seichte und nicht beträchtliche* Wasser, je zur Schiffahrt wird gebraucht werden können. Eben so wenig kann auch einzig und allein aus dem bloßen Gebrauche, der von einem Wasser gemacht wird, und von dem Umstande, daß ein Fluß auf öffentlichen Grund und Boden entspringt und durch denselben seinen Lauf nimt, der Begrif eines öffentlichen Flusses richtig hergenommen werden.

Selbst die größten Ströme entspringen nicht selten auf dem Grund und Boden eines Privatmannes, und fließen zuerst als unbeträchtliche Bäche weit durch alleiniges Privateigenthum, ohne daß es Jemand einfallen wird, sie deswegen in der Folge für Privatflüsse zu halten.

Will man den Unterschied eines öffentlichen und Privatflusses zureichend richtig bestimmen; so muß man nothwendig die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten in der

der Anwendung mit einander verbinden, und dabei auf die, in jedem vorkommenden Falle eintretenden Umstände die gehörige Rücksicht nehmen. h)

3.

Wenn von einem großen, schiffbaren Flusse die Rede ist, so wird sowohl nach dem Römischen Rechte, i) als nach den Grundsätzen von deutscher Landeshoheit, k) wol niemand ein Bedenken haben können, einen solchen für einen öffentlichen Fluß anzusehen. Ist aber ein unbeträchtlicher, nicht schiffbarer Fluß in Frage, so kann dessen etwa streitige eigentliche Qualität nur durch eine achtsame Rücksicht auf folgende mit einander zu verbindende Gegenstände richtig bestimmt werden. Es ist nämlich dabei in Bemerkung zu ziehen:

1) die stete oder nur temporelle Dauer des fließenden Wassers; l)

2) das Local seines Ursprungs und Laufes;

3) der Gebrauch, der von demselben gemacht wird; m) und endlich

h) Hering l. c. Qu. 15. No. 12. Bapt. Aymus de Parma Tract. de Alluvion. Lib. 1. Cap. 15. No. 19 seq. Runde Grundsätze des allgem. deutschen Privatrechts. §. 102.

i) L. 1. et L. 2. Dig. de Fluminibus.

k) Mosers Grundriß der heutigen Grundverfassung des deutschen Reichs. B. 4. Cap. 20. §. 18. Pütter Instit. Jur. Publici. §. 336.

l) L. 1. §. 3. Dig. de Fluminib.

m) L. 2. Dig. de Fluminib. L. 24. princ. Dig. de damno infecto.

4) etwa auch die Meinung und Ueberzeugung der Benachbarten.

Dahingegen kömmt es auf die mehrere oder mindere Größe des Wasserlaufs nicht an.

Diejenigen, welche diesen Umstand für entscheidend halten, berufen sich auf die gesetzliche Bestimmung: Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. n)

Wer diese Gesetzstelle aber, nur mit einiger Aufmerksamkeit, in ihrer ganzen Verbindung liest, überzeugt sich leicht, daß der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, dadurch den Unterschied eines öffentlichen und Privatflusses festzustellen, sondern daß er *lediglich* den *Unterschied des Flusses von einem Bache angeben wollte*, ohne dabei jeden Bach schlechthin für ein Privatwasser zu erklären. Diese Erklärung des erwähnten Gesetzes ist um so sicherer und nothwendiger anzunehmen, da der tägliche Augenschein, besonders in den Gegenden der Bergwerke, zeigt, daß eine Menge von fliessenden Wassern, die zum Betriebe Landesherrlicher Gruben, Hütten und Hammerwerke benutzt werden, unbestrittenermaßen zu den öffentlichen Gewässern gezählt werden, obgleich sie, in Rücksicht auf ihre Größe, nichts weiter als unbeträchtliche Bäche sind. Ohne demnach auf die Beträchtlichkeit der Wassermasse Rücksicht zu nehmen, ist jedes fließende Wasser für ein öffentliches zu halten, wenn dasselbe, ohne, der Regel nach, zuweilen zu vertrocknen, zu jeder Jahrszeit ununterbrochen fortfließt; wenn es auf öffentlichen oder meh-

n) L. 1. §. 1. Dig. de Fluminib.

mehreren gemeinschaftlich zugehörigen Grund und Boden entspringt, und nicht blos durch die Grundstücke eines Privatmannes seinen Lauf nimt; wenn ferner ein öffentlicher Gebrauch dieses Wassers constirt; und wenn endlich die aus allen Umständen ersichtliche Meinung und Ueberzeugung der Benachbarten den Begrif eines Privateigenthums des Wassers ausschließt.

Bei manchem Flusse oder Bache kann das eine oder das andere dieser Erfordernisse ermangeln, ohne daß derselbe dadurch aufhört, ein öffentliches Wasser zu seyn. Das Zusammentreffen mehrerer oder gar sämtlicher der vorberührten Umstände bezeichnet aber gewiß das Daseyn und das Wesen eines öffentlichen fließenden Wassers, dessen Eigenthum der Landesherrschaft, vermöge der Landeshoheit, als ein Regal zusteht, dessen Gebrauch und Benutzung aber, unter gewissen Einschränkungen, und besonders unter Ausschließung des Kaufs, Erwerbungs- und Veräußerungsrechts, allen Unterthanen gemeinschaftlich frei ist. o)

Jedermann ist befugt in einem öffentlichen Flusse sein Vieh zu tränken, sich des Wassers desselben zum Kochen, Waschen u. s. f. zu bedienen, und selbst daraus zum Nutzen seiner benachbarten Grundsätze Ableitungen zu machen. Alles dieses darf aber nur in dem Maaße geschehen, daß dadurch kein anderer im Mitgebrauch des Wassers benachrichtiget wird, und besonders ist Niemand verstattet, ohne eine be-

o) Lib. 2. Feud. Tit. 56. Instrum. Pac. Caes. Suec. Art. 10. §. 3. G. L. Böhmer Diss. de Jure Princ. circa loca et opera publica C. 3. §. 3. seq. Runde a. angef. Orte §. 102.

besondere Bewilligung der Landesherrschaft in einem öffentlichen Flusse eine Anlage zu machen, wodurch der Lauf des Wassers verändert, aufgehalten oder wol gar gänzlich gehemmt wird. p)

Auf den Fall, da diesem zuwider gehandelt würde, finden sich in dem Römischen Rechte zwei besondere Interdicte vorgeschrieben, wodurch ein jeder aus dem Volke entweder einem solchen nachtheiligen Mitgebrauche des Flusses vorbauen, oder die Wegschaffung der, zur Erlangung desselben abzweckenden neuen Vorrichtung verlangen kann. Das eine dieser Rechtsmittel q) bezielt sowohl die schiffbaren als unschiffbaren öffentlichen Flüsse, und ist besonders auf die nachtheiligen Vorrichtungen am Ufer des Flusses und auf die Verhinderung einer übermäßigen Ableitung und Entziehung des Wassers gerichtet. r) Das andere Interdict s) betrift vorzüglich die Wegschaffung der in einem öffentlichen Flusse selbst gemachten nachtheiligen Anlagen. Ursprünglich befaßt dasselbe blos die schiffbaren Flüsse, allein utiliter ist es auch auf die unschiffbaren öffentlichen fließenden Wasser ausgedehnt. Unleugbar sind beide Rechtsmittel noch jetzt im völligen Gebrauche, t) und sie finden, unter andern be-

p) Lauterbach Coll. Th. Pr. Tit. de Fluminib. §. 5. seq. Struv. Syntag. Jur. Civ. Exerc. 45. §. 85. Theatr. Servit. Tit. 9. §. 19.

q) L. 1. Dig. ne quid in flumino publico fiat.

r) Lauterbach l. c. §. 3. Struv l. c. §. 90.

s) L. 1. §. 11. Dig. de Fluminib.

t) de Cannengiesser Decis. Tribun. appellat. Hasso Cassel. T. 1. Dec. 114. No. 7. seq. v. Rohr Haushaltungsrecht. B. 8. Cap. 3. §. 3.

besonders auch in den Fällen ihre Anwendung, wo den an öffentlichen Flüssen belegenen Wassermühlen durch neue Vorrichtungen in und an dem Flusse ein Nachtheil zugefügt wird. u)

4.

Bestimmt man auf diese Weise das Wesen eines öffentlichen Flusses, so scheint es nicht schwierig zu seyn, den Begriff eines Privatflusses anzugeben. Letzterer kann nämlich, als ein Gegensatz des Ersteren, wohl nichts anders seyn, als ein solches fließendes Wasser, auf welches die oben angegebenen Eigenschaften und Erfordernisse eines öffentlichen Flusses nicht passen.

So richtig dieses im allgemeinen ist, so wenigen Beifall dürften doch wol die Schriftsteller verdienen, welche das Wesen und die Eigenschaft aller Privatflüsse nach einem Maaßstabe beurtheilen, und die von allen solchen Wassern ohne Unterschied behaupten, daß dieselben sich im ausschließlichen Eigenthum jedes Privatmannes befinden, dessen Grundstücke sie berühren. v) Ein solches unbeschränktes Eigenthum und Benutzungsrecht kann man nur bei den allerwenigsten Privatflüssen annehmen, wenn man nicht Widersprüche auf Widersprüche häufen, und in die auffallendsten

u) Estor Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit Cap. 60. §. 2386. Hommel Rhapsod. Quaest. Ocserv. 231. Wernher P. 5. Observ, 139. Hering l. c. Qu. 19. No. 12 et 16.

v) Lauterbach l. c. Tit. de Flumin. §. 3. Struv. l. c. Exercit. 45. §. 83. Stryk Us. modern. Pand. L. 8. Tit. 3. §. 9. Fritschius Tract. de Jure fluviatico.

sten Ungerechtigkeiten gerathen will. Um dieses zu vermeiden, muß man nothwendig einen in der Natur der Sache selbst liegenden Unterschied machen, und die Privatwasser in Rücksicht auf das daran zustehende Eigenthums- und Benutzungsrecht abtheilen:

1) in Privatflüsse im engern Verstande, und

2) in gemeinschaftliche Flüsse — flumina communia. — w)

5.

Zu der ersten Gattung gehören diejenigen fließenden Wasser, deren unbeschränktes Eigenthum, durch Vergünstigung, durch Verjährung, oder durch *eine gänzliche Abfindung der vormals daran Interessirten,* auf irgend einen Privatmann ausschließlich übergegangen ist. Ferner gehören unstreitig hierher alle fließenden Wasser, die auf dem Eigenthum eines Privatmannes entspringen, und lediglich desselben Besitzungen durchströmen; wie denn dieses unter andern der Fall bei einem Bache seyn würde, der aus meinem Teiche käme und sich in das Meer oder in einen öffentlichen Fluß ergösse, ohne in seinem Lauf ein anderes Grundstück als das meinige berührt zu haben. x)

Nur von diesen Arten der fließenden Wasser kann man sagen, daß sie sich im völligen und alleinigen Eigenthum eines Privatmannes befinden; daß dieser sie uneingeschränkt be-

w) Hering l. c. Qu. 15. No. 11.

x) Wesenbecius Cons. 34. No. 26. Cons. 197. No. 21. v. Rohr Haushaltungsrecht B. 6. Cap. 1. §. 14.

benutzen oder ableiten dürfe, und daß er überhaupt damit nach freier Willkühr, wie mit seinem Hause oder seiner Wiese schalten und walten könne, ohne dabei auf das Interesse eines andern Rücksicht zu nehmen.

6.

Anders verhält es sich aber mit der zweiten Gattung der Privatwasser, nämlich mit den sogenannten gemeinschaftlichen Flüssen.

Zu diesen sind zu zählen, alle übrige fließenden Wasser, die weder durch Vertrag noch durch Verjährung, in das alleinige Eigenthum eines Privatmannes gekommen sind, die auf gemeinschaftlichem Grund und Boden entspringen, oder doch bald nach ihrem Ursprunge durch die Grundstücke mehrerer Privatpersonen ihren Lauf nehmen, und die dennoch, vermöge ihrer übrigen Qualitäten, nicht zu den öffentlichen Flüssen gerechnet werden können. An dieser Gattung der Privatflüsse, welche man in wasserreichen Gegenden am häufigsten findet, kann sich keine einzelne Privatperson ein ausschließendes Eigenthum zueignen, vielmehr tritt in Rücksicht derselben ein Miteigenthum oder Mitbenutzungsrecht derjenigen ein, welche dieses hergebracht haben, oder durch deren Grundstücke das Wasser fließt. Nach den allgemeinen, bei jeder Gemeinschaft zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätzen, ist es auch hier keinem der Miteigenthümer verstattet, von dem ihm nur theilweise zugehörenden Wasser, selbst auf seinem eigenen Grund und Boden, einen solchen neuen oder übermäßigen Gebrauch zu machen, wodurch das Mitbenutzungsrecht der übrigen In-

tereſſenten entweder geſchmälert oder wol gar gänzlich aufgehoben wird. Jeder, der das Recht dazu hergebracht hat, oder deſſen Grundſtücke ein ſogenannter gemeinſchaftlicher Fluß berührt, kann ſich deſſelben, z. B. zur Bewäſſerung der Wieſen, bedienen, aber er darf den Lauf des Waſſers nicht hemmen oder ableiten, ſondern er muß den Gebrauch des Waſſers mit den übrigen Intereſſenten auf eine billige Weiſe theilen, und die Bewäſſerung ſeiner Wieſen ſo einrichten, daß kein weſentlicher Nachtheil für andere daraus erwächſt, und daß beſonders den unterhalb belegenen Mühlen und Wieſen das zum Mahlen und zur Bewäſſerung erforderliche Waſſer nicht über die Gebühr entzogen wird.

Die oben erwähnten Schriftſteller, welche dieſe Qualitäten eines gemeinſchaftlichen Fluſſes nicht annehmen, ſondern ſchlechthin behaupten, daß jedes Privatwaſſer, inſofern es jemandes Grund und Boden berührt, in dem Maaße ſein ausſchließliches Eigenthum werde, daß er damit uneingeſchränkt ſchalten und walten könne, ohne auf das Intereſſe eines Dritten Rückſicht zu nehmen, gründen ihre Meinung auf einige römiſche Geſetze, y) die jedoch dasjenige nicht beweiſen können, was ſie beweiſen ſollen. Es enthalten dieſe Geſetze keine Spur von der Beſtimmung des Eigenthums der durch die Grundſtücke mehrerer Privatperſonen fließenden Privatflüſſe. Sie reden nicht von eigentlichen fließenden Waſſern oder Flüſſen, ſondern nur von einer Quelle, deren, auf einem benachbarten Grundſtücke mitbe-

y) L. 26. Dig. de damno infecto. L. 21. Dig. de Aqua et Aquae pluv. arcendae etc.

befindlichen, Adern, die durch den Eigenthümer dieses Grundstücks abgegraben worden sind, und hiervon wird gesagt, daß das Abgraben nicht gewehrt werden könne, weil jeder befugt sey, auf seinem Grund und Boden nach Wilkühr zu verfahren. Diese allgemeine Regel ist zwar an sich völlig richtig, sie muß aber nothwendig dahin eingeschränkt werden, daß der Grundeigenthümer nur über dasjenige disponiren kann, was unbezweifelt zu dem Grundstücke gehört, und sich wirklich in dem ausschließlichen Eigenthum des Besitzers befindet. Es entscheidet solchergestalt die gedachte Regel, in Rücksicht auf die Privatflüsse, gar nichts, so lange nicht auf eine andere Weise dargethan ist, daß diese Wasser, dadurch, daß sie ein Grundstück berühren, das ausschließliche Eigenthum des Grundbesitzers werden, und dieses ist in mehrfacher Hinsicht durchaus zu verneinen.

Erstlich um deswillen, weil das Grundstück und ein Privatfluß der selbiges berührt, zwei sehr von einander verschiedene Gegenstände sind, und man daher nicht annehmen kann, daß der Fluß durch die Berührung des Grundstücks ein Theil des Letztern wird.

Zweitens in der Hinsicht, weil es gewiß sehr widersprechend und hart ist, daß ein fließendes Wasser, welches vielleicht ganzen Ortschaften unumgänglich nothwendig wird, und welches die Natur durch den demselben angewiesenen Lauf zum Nutzen einer Menge von Menschen bestimmt hat, durch den zufälligen Umstand in das ausschließliche Eigenthum eines Einzigen kommen soll, daß dasselbe in seinem Laufe auf eine kurze Strecke den Grund und Boden dieses Einzigen berührt.

Drittens endlich in dem Betracht, weil selbst mehrere römische Gesetze sich wider das ausschließliche Eigenthum einer Privatperson an einem solchen fließenden Wasser erklären. z)

Diese Gründe zeigen hinlänglich, daß an fließenden Privatwassern, die in ihrem Laufe das Eigenthum Mehrerer berühren, der Regel nach keiner Privatperson ein ausschließliches Eigenthum zusteht, sondern daß in Rücksicht derselben ein Miteigenthum aller derjenigen eintritt, durch deren Grundstücke das Wasser fließt, oder die ein Mitbenutzungsrecht desselben hergebracht haben.

So abstimmig die mehrsten, besonders älteren, Rechtsgelehrten von dieser Meinung sind, so gründet sich dieselbe doch *auf das Recht, die Billigkeit und die Natur der Sache*, und sie ist daher nicht nur von verschiedenen neueren Schriftstellern vertheidigt, a) sondern auch von dem K. O. A. Gerichte bei Entscheidung mehrerer Rechtssachen, und namentlich in Sachen **Johann Cordes** zu Kleinen-Fredenbeck wider **Dierk Ehlers** zu Großen-Fredenbeck durch die Erkenntnisse vom 16. April und 17. Jul. 1795, und in Sachen der Eingesessenen zu **Tangendorf** wider **Claus Lühr** daselbst wegen Wasserleitung, durch den Bescheid vom 11. Novemb. 1797 angenommen worden.

z) L. 7. Cod. de Servit. et Aqua. L. 2. Cod. de Lege Aquilia. L. 8. Dig. de Aqua et Aquae pluv. arc.

a) Estor Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen Cap. 60. §. 2384. Hommel Rhapsod. Quaest. in foro obven. Vol. 1. Observ. 231. No. 4.

IV Erörterung.

Das Wasser eines Baches, der eine Mühle treibt, ist Niemand berechtiget, so zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird.

Die in der vorstehenden Abhandlung aufgestellten Rechtsgrundsätze, kamen gleichfalls bei der Entscheidung eines Rechtsstreits zur Anwendung, der durch die Appellation von einem Erkenntnisse des Hofgerichts zu Stade an das Königl. O. A. Gericht gelangt war.

Der Müller P. hat von der Landesherrschaft eine Wassermühle auf Erbzins, die das nothwendige Mahlwasser vorzüglich durch einen Bach erhält, an dem, oberhalb der Mühle, der Einwohner L. zu N. eine Wiese besitzt. Letzterer legte, um seine Wiese desto reichlicher zu bewässern, in dem Bache eine kleine Stauschleuse an, durch welche er, besonders in trockenen Jahrszeiten, der Mühle das Wasser außerordentlich abstauete. Als der Müller dieserwegen klagbar ward, berief sich der Beklagte auf die vermeintliche Regel, daß der Eigenthümer eines Grundstückes das durch selbiges fließende Wasser nach Gutbefinden nützen könne, und daß Niemand Unrecht thue, der sich bloß seines Rechts bediene. Die Gesetze sagten zwar, daß das Wasser aus einem öffentlichen Flusse, nach dem Verhältniß der Besitzungen, zur Bewässerung der Grundstücke getheilt werden solle, und daß dasselbe nur dann abgeleitet werden dürfe, wenn es ohne den

Nachtheil der Anderen geschehen könne; allein der Mühlenbach sey so wenig ein öffentlicher Fluß, als eine besondere Wasserleitung, und der Kläger müsse daher zur Begründung seiner Klage servitutem aquae in Rücksicht der Wiese zeigen. Hierzu werde der gänzlich ermangelnde Beweis einer qualificirten Verjährung erfordert, weil es eine Sache der freien Willkühr sey, das, durch sein Eigenthum fließende, Wasser durch Stauung zu benutzen, oder dasselbe ungebraucht fortfließen zu lassen.

Bei der Entscheidung dieses Rechtshandels war es sehr zweifelhaft, ob der Mühlenbach nicht als ein wahres öffentliches Wasser angesehen werden müsse, und ob der Kläger nicht schon in dieser Rücksicht allein berechtiget sey, die Wegräumung der in dem Bache neuangelegten Stauschleuse zu verlangen. Es fließt nämlich der Bach zu jeder Jahrszeit ununterbrochen fort; es entspringt derselbe auf öffentlichem, oder doch auf gemeinschaftlichem Grund und Boden, auf der Gemeinheit der Dorfschaft N, und nimt durch diese, und durch mehrere Privatgrundstücke seinen Lauf. Außer dem Beklagten hatte sich bis daher keiner der Benachbarten ein Privateigenthum des Wassers angemaßt, und der öffentliche Gebrauch des Baches schien dadurch zu erhellen, daß nicht allein die ganze Dorfschaft N. denselben zur Viehtränke u. s. f. benutzt, [a]) sondern daß auch die Landesherrschaft die dem Müller P. auf Erbzins verliehene Mühle von drei Mahlgängen an dem Wasser angelegt hat.

Der

[a]) §. 2. Instit. de Rer. Divis. L. 2. Dig. de Fluminib. Hering Tract. de Molend. Qu. 15. No. 12.

Der letztere Umstand dürfte freilich da, wo, nach dem allgemeinen Rechte, die Anlage einer Mühle jedem frei und unverwehrt ist, b) nicht durchaus beweisend seyn; in Ländern aber, wo, so wie in den Herzogthümern Bremen und Verden, die Mühlen den Regalien zugezählt werden, und die Erbauung derselben keinem, ohne Vergünstigung des Landesherrn, erlaubt ist, c) hat sich die landesherrliche Policeiaufsicht auch auf die nothwendige oder überflüssige Zahl der Mühlen ausgedehnt; und wenn, Kraft dieser Aufsicht, der Landesherr die Anlage einer Mühle an einem fließenden Wasser zum allgemeinen Gebrauche der Benachbarten diensam gehalten hat, so ist der öffentliche Gebrauch des Wassers, an dem die Mühle liegt, um so mehr für vorhanden anzunehmen, da verschiedene Schriftsteller und auswärtige Landesverordnungen alle Mühlenwasser für öffentliche Flüsse erklären. d) Auf jeden Fall war, bei den vorhin bemerkten Umständen, der streitige Mühlenbach, in Hinsicht auf den Müller P., den Beklagten L., das Dorf N. und die etwa sonst daran Berechtigten, für ein gemeinschaftliches Wasser — flumen commune — zu halten, von dem der Beklagte als Miteigenthümer keinen übermäßigen und dem Mitbenutzungsrech-

b) Mevius P. 9. Decis. 72. Bornius Diss. de eo quod justum est circa Molend. Cap. 2. §. 2.

c) de Pufendorf Tom. 2. Observ. 45. §. 2. Rüling Diss. de eo quod circa Molend. exstr. in Terris Elect. Br. et Luneburg. just. est. S. 1. Cap. 2. §. 27. et 28.

d) Schilter Exercit. 47. Th. 45. v. Rohr Haushaltungsrecht. B4, Cap. 11. §. 15. Hessencasselsche Grabenordnung Tit. 26. §. 11 Tit. 38. §. 3. Sachsen-Gothaische Landesordnung. Th. 2. S. 537.

rechte der übrigen Interessenten nachtheiligen Gebrauch machen durfte.

Aus diesem Gesichtspuncte betrachtet, kam es bei Entscheidung der Sache, nicht sowohl auf eine gänzliche Wegschaffung der vom Beklagten angelegten Stauschleuse, sondern vielmehr blos darauf an, den Gebrauch der letzteren auf eine für beide Theile nützliche und billige Weise einzuschränken. e) Es konnte dieses gewiß nicht sicherer und zweckmäßiger, als durch eine Commission geschehen, die bei ihrer Gegenwart an Ort und Stelle alle eintretenden Localumstände und das Bedürfniß der Mühle, so wie der Wiese des Beklagten, genau zu ermäßigen im Stande war, und es erkannte daher das Königl. O. A. Gericht in der am 21sten December 1793 eröffneten Sentenz folgendermaßen:

„Nachdem der an des Appellaten Wiese vorbei fließende sogenannte Mühlenbach keinesweges für ein solches fließendes Wasser anzusehen ist, in Rücksicht dessen dem Appellaten die behauptete uneingeschränkte, unbedingte Disposition zusiehet; so ist das Erkenntniß Unsers Hofgerichts in diesem Stücke dahin abzuändern, daß der Appellat billig sich einer solchen Wiesenwässerung gänzlich zu enthalten habe, wodurch der Mühle des Appellanten das erforderliche Mahlwasser entzogen wird.“

„Uebrigens soll, nach eingetretener Rechtskraft dieser Sentenz, von hieraus Commissio auf Unsere Beamte zu V. erkannt werden, um, unter etwa erforderlicher Zuziehung

e) **Estor** Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit Cap. 56. §. 2243. **Mohr** a. angef. Orte. B. 6. Cap. 1. §. 13.

hung eines Kunstverständigen, an Ort und Stelle eine Bestimmung für die Zukunft festzustellen, nach welcher Appellat sich der Wässerung seiner Wiese auf eine für das, der appellantischen Mühle nothwendige, Mahlwasser unnachtheilige Art zu bedienen hat."

V. Erörterung.

Der Patron eines beneficii kann gegen seinen Willen nicht gerichtlich angehalten werden, den Consens zur Resignation zu ertheilen, und die Präsentation auf den Resignatarium zu vollziehen.

Zur Erläuterung der Verordn. vom 14ten Jul. 1702 in corp. constit. Cell. cap. 1. p. 776.

Das Stift Bardowik gehörte vormals zur Diöcese der Bischöfe zu Verden. Nach der Reformation verblieb den Bischöfen das Patronatrecht über zwei Präbenden in gedachtem Stifte. a) Dieses Patronat ist darauf, da das Bisthum Verden secularisiret und im Westphäl. Frieden b) der Krone Schweden überlassen wurde, unstreitig an solche gleichfalls mit übergegangen. Nachdem aber die Herzoge der verschiedenen Braunschweig. Linien die Herzogthümer Bremen und Verden eroberten und diese Fehde 1679 durch den zu Zelle geschlossenen Frieden ihre Endschaft erreicht hatte;

a) Schlöpkens Bardovic. Chronik. S. 379. §. 16.

b) *instrum. pac. Osnabrug.* art. 10. §. 7.

te; trat Schweden an Braunschweig-Lüneburg das Amt Thedinghausen, die Voigtey Dorverden und alle Rechte und Intraden ab, welche die vormaligen Stifter Bremen und Verden im Herzogthum Lüneburg ehedem besessen hatten. c) Unter solchen abgetretenen Rechten ist auch das Patronat über die beiden Verdischen Präbenden im Stifte Bardowic mit begriffen gewesen. Durch einen im Jahr 1681 errichteten Receß erhielt die Lüneburgische Linie von dem, was Schweden abgetreten hatte, die dem Amte Westen jetzt beigelegte Voigtei Dorverden, die ältere Wolfenbüttelsche Linie aber das Amt Thedinghausen d), und es sind damals die beiden Präbenden zu Bardowic zugleich mitgetheilet worden, wie denn auch noch jetzt die eine derselben die Braunschweig-Wolfenbüttelsche, oder Verdensche Canonicatspräbende im Stifte genannt wird. Das Patronatrecht über die letzte Präbende ist nachmals von den Herzogen zu Br. Wolfenbüttel im Jahr 1694 an einen von Stechenelli und in der Folge durch Kauf im J. 1752 von jenem an die Familie der von Schwicheldt gekommen, und der älteste der Familie ist jedesmal Collator derselben.

Am 26 Jul. 1744 ertheilte der Freiherr von Stechenelli dem Hofgerichtsassessor von Grävemeyer eine Ex-

c) Rethmeyers Chronik ad a. 1679, unter den Herz. Georg Wilhelm und Rudolph August. Michaelis Br. L. Gesch. S. 145. M. s. Repartitionsreceß wegen der Schwedenconqueten v. 12. Nov. 1681 in von Selchow Magaz. für die deutschen Rechte u. Gesch. B. 1. S. 151 ff.

d) Ribbentrops Beitr. zur Kenntniß der Verfassung des Herzogthums Br. Wolfenb. 1ster Beitr. Br. 1787. S. 12 f.

Exspectanz auf gedachte Präbende. Erst im Jahr 1788 oder 1789 ward aber diese Canonicatspräbende durch den Tod des bisherigen Inhabers derselben vacant, und der Asseß. v. G. suchte demnach bei dem nunmehrigen Patron, Grafen von Schwicheldt, um die ordnungs- und statutenmäßige Präsentation nach, erhielt auch selbige am 23. Jun. 1789 wirklich. Am 6. Jul. 1789 wurde darauf der Asseß. v. G. praestitis solennitatibus solitis et consuetis investirt und in das Capitel aufgenommen.

Kurze Zeit nachher wollte derselbe diese Präbende zum Vortheil eines Dritten resigniren, ersuchte den Patron die Resignation anzunehmen, und die auf den Resignatarium gerichtete Präsentation, welche nach den Statuten und der Observanz erforderlich ist, zu vollziehen. Der Patron schlug solches aber ab, weil er bereits Exspectanzen ertheilet habe und den Exspectirirten ihre ohnehin schon entfernte Aussicht dadurch nicht noch mehr schmälern könne.

Es kam also zum Proceß, worin obige Frage der Hauptpunct der Entscheidung war. In den ältesten Zeiten schon ward zu Bardowic mit den Exspectanzen ein großer Mißbrauch getrieben. Man ertheilte nicht bloße Anwartschaften, wodurch der Expectirirte nach und nach an der letzten und untersten Stelle in das Capitel gekommen seyn würde, sondern man erwählte auch sogenannte Canonicos ad vacaturas, vornämlich solche, die dem Capitel Renten, Zinsen und dergl. unter dem Namen einer praebendae minoris schenkten, welche, zum Nachtheil anderer, sofort zur Erlangung einer größern Präbende in das Capitel eintraten. Schon im Jahr 1309, da der Erzbischof von Mainz eine

Visitation des Stifts Verden und des darunter stehenden Capitels zu Bardowic anordnete, ward dieser Mißbrauch gerügt, und in einer umständlichen Verordnung bei Strafe des Bannes untersagt. e)

In der Folge suchte man aber jene Vorschrift, durch die in ältern Zeiten ganz unbekannten f) Resignationen der Präbenden, zum Vortheil eines dritten, zu durchlöchern. Der Sache nach sind selbige eine wahre electio ad vacaturam certam praebendam, wodurch ein Canonicus, der alt und schwach ist und mithin kein langes Leben erwarten kann, oder der durch andere Umstände veranlaßt seyn würde, pure auf die Präbende zu renunciiren, nun Jemanden erwählet, der an seinen Platz tritt, und auf diese Weise andern, die der Patron bei wirklich entstehender Vacanz präsentiren könnte, bei Erlangung der Präbende vorgezogen wird. Herzog Friedrich untersagte daher gleich nach der Reformation diesen neuen Mißbrauch in der Lüneb. Kirchenordnung, g) wenn er verordnete:

„daß keine Stifts- oder Klosterperson, ohne genugsame Ursachen, so Uns und unsern Nachkommen in der Regierung vorzubringen, und unsern special schriftlichen Consens, bei Verlust alles desfalls zustehenden Rechtens, die Präbenden jemand anders resigniren, oder solches zu thun sich pflichtbar machen solle."

Daß

e) Schlöpke a. a. O. S. 254.

f) Thomasius de vet. et nov. eccles. disciplin. P. 4. lib. 2. c. 16. n. 15. Espen ius eccles. Tom. 1. p. 108.

g) vom J. 1643. cap. 20. m. 1.

Daß diese Vorschrift auch bei denen Präbenden, welche von andern Patronen conferiret werden, und wozu sie bei entstehender Vacanz präsentiren können, zur Anwendung kommen muß, ergiebt nicht nur die Absicht und der Sinn dieser Verordnung, sondern auch die Natur der Sache selbst; weil dem Patron sein Präsentations- und Collationsrecht, wider dessen Willen, nicht entzogen werden kann.

Der Mißbrauch der Resignationen war indeß zu Bardowic und in andern Stiftern und Klöstern der Zellischen und Calenbergischen Lande am Ende des vorigen Jahrhunderts in sofern wieder eingeschlichen, daß die Consense dazu sehr häufig gesucht wurden. Der damalige Churfürst Georg Ludewig erklärte daher im Jahr 1705 für das Calenbergische durch eine eigene Verordnung:

„Daß, weil solche Resignationen der Stift- und Klosterordnung zuwider, auch den Expectirirten präjudicirlich wären, von nun Niemand ein Consens Behuf der Resignationen ertheilet, noch darunter dispensiret werden solle."

Schon drei Jahre früher, am 14. Jul. 1702, erließ der Herzog Georg Wilhelm eine ähnliche Verordnung, wegen Resignation der Canonicate bei dem Stifte Bardowic, welche der H. G. Assess. v. G. zum Grunde seiner Klage legte. Sie gehet wesentlich dahin:

„Daß künftig bei besagtem unserm Stifte Bardowic kein Canonicat, es sey dasselbe entweder von uns, oder ratione turni vom Decano, Seniore und sämtlichen Capitularen conferiret, mehr denn einmal resigniret, diese Resigna-

nation auch innerhalb den nächsten drei Jahren nach beschehener Investitur geschehen, im übrigen aber alle sonst deme zugegen vorgegangene abusus damit abgeschaft seyn und bleiben sollen."

Man kann diese Vorschrift, ohne der Absicht derselben Zwang anzuthun und alle Regeln der Interpretation bei Seite zu setzen, nicht also erklären, daß der Patron durch selbige verpflichtet seyn soll, binnen 3 Jahren den Consens zu ertheilen; vielmehr gehet der Sinn derselben allein dahin, daß es binnen 3 Jahren nur erlaubt seyn soll, unter Anbringung hinlänglicher Ursachen, der Kirchenordnung gemäß, den Consens des Patrons zur Resignation zu suchen und auszubringen; daß aber nach dem Zeitverlaufe von 3 Jahren überall kein Consens mehr dazu ertheilet werden soll. Durch diese Verordnung hat also ein Canonicus des Stifts Bardowic keine andern Rechte, als die er schon vorhin hatte, erhalten; es wird hingegen die Erlaubniß den Consens nachzusuchen, die sich vorhin ad dies vitae erstreckte, auf 3 Jahre eingeschränkt. Eine jede ausdehnende Erklärung ist daher der Absicht des Gesetzes, welches die Resignationen überall nicht begünstigt und den Mißbrauch derselben abgestellt wissen will, gänzlich zuwider.

Insonderheit ist solches in Ansehung der vormals Wolfenbüttelschen, so genannten Verdenschen, jetzt Schwicheldtschen Canonicatspräbende ganz unstreitig. Die besagte Verordnung ist blos den Stiftsangehörigen bekannt gemacht worden und beziehet sich blos auf solche Canonicate, welche der Landesherr, oder, ratione turni, das Stift selbst zu vergeben hat. Das Patronat jener Präbende ist mit allen

len Rechten und folglich auch mit dem Rechte den Consens zur Resignation zu ertheilen, oder zu versagen, erst an die Krone Schweden, dann an Braunschweig-Wolfenbüttel und endlich an die von Stechenelli gekommen und von letztern auf die von Schwicheldt transferiret worden. Es hat daher weder die Absicht gehabt, noch haben können, durch besagte Verordnung andern Patronen ihre wohlerworbenen Collationsrechte zu entziehen, oder einzuschränken.

Durch die Verordnung von 1702 konnte demnach die Klage überall nicht begründet werden, und eben so wenig durch die bescheinigten Fälle der mehrmals gestatteten Resignationen dieser Verdenschen Präbende. Die Bescheinigungen enthielten bloß ein Bekenntniß des Stifts, daß, nach bewilligter und darauf erfolgten Präsentation des collatoris, die Resignation angenommen, der Resignatarius admittiret und darauf investiret werde; daß aber der Patron zur Consensertheilung wider Willen könne gezwungen werden, das enthielten die beigebrachten Documente überall nicht. Wenn also gleich die vorigen Patrone nicht aus Verpflichtung und Schuldigkeit, sondern aus freier Willkühr den Consens zur Resignation zuweilen ertheilet haben; so lag hierin für den jetzigen Patron überall kein Verbindlichkeitsgrund. Eben so wenig konnte der Grund der Klage aus dem Canonischen oder Protestantischen Kirchenrechte hergeleitet werden. Man hat die Resignationen nie begünstigt und besonders den Handel und Wandel mit Präbenden von jeher mit Unwillen betrachtet. h) Wenn nun gleich Re-

h) Böhmer in iure eccl. Protest. Tom. 1. p. 372. Fleischer Einleit. in das geistl. Recht. S. 393.

Resignationen erlaubt und üblich sind, so ist doch dazu der Consens des collatoris allezeit ein wesentliches Erforderniß,[i] weil er sonst zur Präsentation des Resignatarii nicht verbunden ist. Ihn wider seinen Willen zur Consensertheilung zu zwingen, hieße den Umfang seiner Patronat- und Collationsrechte einschränken und schmälern. Man würde alsdann dem Patron einen dritten zur Präsentation aufdringen können und die Expectirirten, welche er präsentiren könnte, zurücksetzen. Es muß daher allezeit freie Willkühr des Patrons bleiben, ob er den Consens zur Resignation ertheilen oder versagen will, und es läßt sich kein rechtlicher Grund gedenken, ihn zur Ertheilung desselben, wider seinen Willen, zu zwingen. Alle Schriftsteller des Kirchenrechts[k]) stimmen damit überein, und die Natur der Sache bringt es mit sich, daß man Niemanden seine wohlerworbenen Rechte, gegen seinen Willen, entziehen kann.[l])

Die K. Justizcanzlei erkannte daher am 30. Mart. 1791 in S. von Grävemeyer g. den Grafen von Schwicheldt, in p. iuris resignandi, daß die Klage unstatthaft, Kläger damit zurückzuweisen und Beklagter davon zu entbinden

i) Flaminius Parisius de resignatione beneficior. Lib. 5. qu. 6. Böhmer l. c. G. L. Böhmer princ. iur. canon. §. 568.

k) Böhmer in iure eccl. protestantium Lib. 1. Lit. 9. §. 16. Fleischer a. a. O. Lynker in responsis resp. 34. n. 12. Ittig de officii in favorem tertii resignatione cap. 7. §. 6.

l) I. H. Böhmer in consil. et resp resp. 52. n. 9. beantwortet die Frage: was zu thun sey, wenn Jemand seine Präbende resigniren will und dazu keinen Consens erhalten könne? sehr kurz und gut dahin: Aus meinem responso erhellet, daß er sie in Gottes Namen behalten kann.

den sey; und als der Kläger von Grävemeyer hiervon an das höchste Tribunal appellirte, ertheilte dieses, am 23sten Mai 1791, zum Bescheide: Wenn auch die Verordnung de 1702, in Ansehung der in Frage kommenden Präbende, nicht für ganz unanwendbar zu achten seyn mögte, nachdem jedoch diese Verordnung des Imploranten gegenwärtigen Anspruch gegen den Patronen nicht begründet, und im übrigen die Entscheidungsgründe der Sententiae a qua nicht elidirt, auch überhaupt keine rechtsverbindliche Verpflichtung des Imploraten zu Ertheilung des Consenses gezeiget worden, hingegen die verlangte Editio documentorum ganz unstatthaft, und die zur Hand genommene Eidesdelation auf einen ganz unerheblichen Umstand gerichtet ist; so kann dem Gesetze, pro Rescripto vel Processibus nicht Statt gegeben werden.

Es ward auch dieses Erkenntniß in der Restitutions-Instanz, mittelst Bescheides vom 4ten Jul. 1791 lediglich bestätiget.

VI Erörterung.

Von dem Verbrechen des gestöhrten Gottesdienstes.

Eine jede Handlung, wodurch die öffentliche Gottesverehrung thätlich oder wörtlich gestöhret und unterbrochen wird, gehöret zu dem crimine turbatorum Sacrorum. a) Es kann die-

a) Böhmer princip. iur. canon. §. 274.

dieses Verbrechen so wohl von weltlichen als geistlichen b) Personen und auf mancherlei Art begangen werden. *) Nach dem canonischen Rechte wird dasselbe, wenn es aus Geringschätzung des Gottesdienstes, oder aus Verachtung der Geistlichen unternommen wird, zum Sacrilegio gerechnet; c) nach dem römischen Rechte aber nur dann, wenn Geistliche, indem sie eine geistliche Handlung verrichten, thätlich gemißhandelt und dadurch an der Verrichtung der Sacrorum gehindert werden. d) Es kommen hierbei verschiedene Fälle vor, und zwar

I. Wenn Jemand einen Geistlichen, während des Gottesdienstes, vorsätzlich dergestalt mißhandelt, daß derselbe dadurch an der Verrichtung der Sacrorum verhindert wird. Das römische Recht setzt auf dieses Verbrechen die Todesstrafe, e) jedoch unter folgenden vom K. Justinian f) verordneten Bestimmungen: a) muß die Stöhrung des Gottesdienstes auf eine gewaltsame Weise geschehen; b) in einer Verletzung oder körperlichen Mißhandlung des Geistlichen bestehen; c) in der Kirche, während des Gottesdienstes, un-

b) Leyser Sp. 620. med. 15.

*) Wildvogel de tumultibus §. 36.

c) de Böhmer de variis Sacrilegii Speciebus ex mente iur. Canon. Hal. 1727.

d) de Böhmer de var. Sacrileg. Specieb. ex mente iuris civ. Hal. 1724.

e) L. 10. C. de episcop. et cleric. L. 5. C. de his qui ad eccles. confug.

f) Nov. 123. cap. 31.

unternommen und d) der Geistliche dadurch an der Verrichtung einer geistlichen Handlung wirklich gehindert seyn. g)

II. Wenn Jemand den Gottesdienst dadurch stöhret und unterbricht, daß er Tumult und Lerm in der Kirche macht; oder auffallende, ärgerliche Unanständigkeiten darin begehet; oder sich zankt, einen andern injuriirt; oder dem Prediger während seines öffentlichen Vortrages widerspricht u. dgl., so findet nur eine willkührliche Strafe Statt; welche, nach Beschaffenheit der Umstände, der Größe, des Vorsatzes, des gegebenen Aergernisses u. s. w. in einer längern oder kürzern Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten, Gefängniß oder Geldstrafen bestehen kann. h) Königl. Justiz-Canzlei verurtheilte daher **Johann Philipp Koch**, weil er geständigermaßen, obwohl in betrunkenem Muthe, dem Prediger in der Kirche bei versammleter Gemeinde, während des Gottesdienstes die Worte: **Herr Pastor, ich bin nicht besoffen**, laut zugerufen hatte, zu einstündiger Pfahlstrafe, welche an demselben, um stärkern Eindruck zu machen, an

 einem

g) Fleischer Einleitung zum geistlichen Rechte. S. 1096. LEYSER l. c. Spec. 543. med. 9. Beispiele, daß auf die Todesstrafe in solchen Fällen ist erkannt worden, findet man bei CARPZOV quaest. crim. 44. n. 53 u. 54. u. WILDVOGEL l. c.

h) WILDVOGEL l. c. §. 38. von **Liebhabers** Einleit. in das Herzogl. Braunschweig. Lüneburg. Landrecht Th. 2. S. 475. **Stößner** in der Abhandl. von gesetzmäßiger Verlosung der Kirchenstühle. Leipz. 1778. behauptet, im Anhange, **von der Gerichtsbarkeit über die Kirchenverbrecher**, daß den Consistorien, mit Ausschluß der weltlichen Obrigkeit, die Jurisdiction über diejenigen zustehe, welche Unfug in der Kirche treiben. Außerhalb Sachsen läßt sich aber diese Meinung wol nicht vertheidigen.

einem Sonntage, nach geendigtem Gottesdienste, vollzogen werden müßte.

III. Wenn Jemand solche Handlungen begehet, welche veranlassen, daß kein Gottesdienst gehalten werden kann, z. B., er hindert den Prediger gewaltsam nicht in die Kirche zu gehen; so wird dadurch der Gottesdienst zwar in gewisser Rücksicht auch gestöhret; allein es findet dabei ebenfalls nur eine willkührliche Bestrafung Statt. i)

IV. Wenn Jemand während des Gottesdienstes vor dem Gotteshause, durch unschickliches Geschrei, Lermen und Unfug, die Aufmerksamkeit bei der öffentlichen Gottesverehrung unterbricht; so muß solches durch Policeistrafen geahndet werden.

VII Erörterung.

Von der Berichtserstattung der Untergerichte an die obern Justizhöfe in Regierungs-, Cammer- und Policeiangelegenheiten.

Die Wiederbebauung einer alten Baustelle, wegen der daraus zu besorgenden größern Feuersgefahr, ist mit einer guten Policei nicht verträglich. Glaubt aber Jemand, daß ein Untergericht, dem die Policeiaufsicht anvertrauet ist, dadurch, daß es den Bau, zur Vermeidung der Feuersgefahr,

i) Leyser Spec. 620, med. 18. Wildvogel l. c. §. 41.

fahr, an einen andern Ort verlegen will, die Vorsicht bei einer solchen Policeiverfügung zu weit treibt, oder die feuergefährliche Lage eines bisherigen Wohnplatzes unrichtig beurtheilt; alsdann muß derjenige, welcher sich hierdurch beschwert hält, von einer solchen Verfügung sich an die Landesregierung, als Ober-Landes-Policeicollegium wenden, und von solcher wird darauf, nach vorgängiger commissarische Untersuchung an Ort und Stelle, das Nöthige verfügt. Selbst in dem Falle, wenn mit Einwilligung z. E. der Gemeinde eine Baustelle gerichtlich ausgewiesen, hernach aber befunden wird, daß solche schädlich und feuergefährlich ist, kann dennoch die erstere Baustelle von Policei wegen wieder genommen und dagegen ein anderer Bauplatz ausgewiesen werden. Denn durch die geschehene Ausweisung wird die unschädliche, ungefährliche Bebauung eines Platzes noch nicht erwiesen, und eine etwa erforderliche anderweite Policeiverfügung nicht ausgeschlossen; da es seyn kann, daß die schädliche und feuergefährliche Lage des Bauplatzes erst nach geschehener Anweisung desselben wahrgenommen und gehörig beachtet ist.

Wenn indeß Jemand auf den erst angewiesenen Bauplatz bereits zu bauen angefangen hat, und der Ort wird hernach von Policei wegen feuergefährlich befunden und es sind also dem Bauherrn, ohne sein Verschulden, vergebliche Baukosten verursacht worden; so ist der Punct der Entschädigung allerdings eine Justizsache und die Policeiobrigkeit in einem solchen Falle verbunden, denselben mittelst Erstattung des Schadens und der Kosten zu befriedigen.

Nun tritt aber in dieser oder in ähnlichen Sachen zuweilen der Fall ein, daß sich die Gerichtseingesessenen von solchen Verfügungen der Untergerichte bei den höhern Justizcollegiis beschweren. Um beurtheilen zu können, ob der Gegenstand der Beschwerde als eine Justizsache zu behandeln, oder, als eine Policeisache, an die Behörde zu verweisen sey? muß der pflichtmäßige, umständliche Bericht, mit Beifügung der Acten, von den Untergerichten eingefordert werden. Zuweilen pflegen alsdann dieselben sich der umständlichen Berichtserstattung, von der Beschaffenheit der Sache, unter dem Vorwande entziehen zu wollen, daß der Gegenstand derselben eine Policei- Regierungs- oder Cammer-angelegenheit betreffe.

Allein dergleichen nicht ausführliche Berichte sind keinesweges anzunehmen, und verdienen schon in der Hinsicht geahndet zu werden, weil solches den Verhältnissen nicht angemessen ist, in welchen ein Untergericht gegen die ihm vorgesetzten höhern Justizcollegia stehet. Ueberhaupt aber gehört es nicht zur Competenz eines Untergerichts, zu beurtheilen, ob eine Sache, als eine Justiz- oder Policeisache anzusehen und zu behandeln ist. Es muß daher dasselbe, wenn über eine angebrachte Beschwerde der Bericht eines höhern Justizcollegii erfordert wird, denselben umständlich unter Beifügung der ergangenen Acten und allenfalls mit Vorlegung der Gründe, warum es die Sache für eine Regierungs- Policey- Cammer- Wrugensache u. s. w. gehalten hat, gehörig erstatten, und erwarten, wie das Justizcollegium dieselbe ansieht und beurtheilt.

Erkennt dasselbe den Gegenstand der Beschwerde für eine Justizsache, und glaubt das Untergericht, Pflichten halber sich nicht dabei beruhigen zu können, dann muß es an die Landesregierung, oder an das Cammercollegium berichten und von daher weitere Verfügungen erwarten.

Es ist übrigens den Königl. Aemtern auch zur Pflicht gemacht, die Obergerichte in zweifelhaften Fällen durch Erstattung der Berichte, samt Beilegung der Acten und Protocolle in den Stand zu setzen, zu ermäßigen, ob die angebrachten Beschwerden vor solche gehören oder nicht. a)

VIII Erörterung.

Versendung der Acten an die nächsten Beamten.

Es gibt Königl. Aemter, welche nur mit zwey Beamten besetzt sind. In Justizsachen kann daher öfters der Fall eintreten, daß zwischen beiden eine Verschiedenheit der Meinungen obwaltet, welche, wenn keiner der Beamten durch wiederhohlte gegenseitige Vorhaltung der Gründe und Gegengründe von seiner Meinung abgehen zu können glaubt, wenigstens durch eine Stimmenmehrheit alsdann nicht zu heben stehet.

Die Acten, nebst Beifügung der beiderseitigen Gründe, an die höhern Justizgerichte zur Decision einzuschicken, ist darum nicht thunlich, weil eines Theils die Sache auf dem

a) Verordnung vom 3. Jan. 1751.

dem Wege der Appellation an selbige demnächst gelangen kann; andern theils aber die höhern Justizcollegia den Aemtern und Untergerichten keine responsa ertheilen können. Eine Versendung der Acten an ein auswärtiges Spruchcollegium würde aber oftmals eine, dem Objecte des Rechtsstreites nicht angemessene, Kostenausgabe veranlassen. Es ist daher für solche Fälle einer entstehenden Stimmengleichheit in zu entscheidenden Rechtssachen, bei solchen Aemtern, die nur mit zwei Beamten besetzt sind, folgende landesherrliche Vorschrift a) ertheilet worden;

„Daß, wofern selbige durch wiederhohlte gegenseitige Vorhaltung der Gründe und Gegengründe nicht zu heben seyn sollte, sodann die Sache unter Communication der sämtlichen Acten und der ihnen von jedem der dissentirenden Beamten beizulegenden rechtlichen Entscheidungsgründe, an den ersten Beamten des nächst belegenen Amtes, und falls solcher kein Literatus seyn sollte, an den ersten Beamten des zweiten nächstbelegenen Amtes zu dem Ende eingesandt werden solle, damit derselbe, ohne jedoch einige Gebühren dafür zu verlangen, durch seine über die Verschiedenheit des decisi abzugebende rechtliche Meinung den Ausschlag in der Sache bestimme.“

a) Allgemeines Ausschreiben an alle Aemter des Landes vom 25. Junius 1793.

IX Erörterung.

Von der Verbindlichkeit der Chur-Braunschweigischen Beamten, denen die Führung der Amtsregister übertragen ist, für die in diese Register fließenden Hebungen einzustehen.

Dem Amtschreiber C. zu C. war, von der Königlichen Churfürstlichen Cammer, die Führung der Amtsregister anvertraut. Bei desselben Versetzung als Amtmann zu einem andern Amte fand sich ein nicht unbeträchtlicher Rechnungsrückstand aus den Amtsregistern, dessen Berichtigung die Königl. Cammer von dem gewesenen Rechnungsführer gerichtlich verlangte. Letzterer wandte wider diese Forderung folgendes ein: Die Gefälle, welche den Rückstand in den Registern ausmachten, wären nicht von ihm selbst, sondern von den Unterbedienten des Amts, den Gowgräven B. und W. erhoben worden. Schon seit undenklichen Jahren sey es die Gewohnheit gewesen, sowohl die Domanial- als übrigen herrschaftlichen Gefälle, durch die Unterbediente des Amts zur demnächstigen Ablieferung erheben zu lassen, und die Größe des Amts C., in dem sich über zwei tausend Contribuenten befänden, mache diese Gewohnheit unumgänglich nothwendig. Der Königl. Cammer wäre es sehr gut bekannt, daß die specielle Hebung der Gefälle von den Amtsunterbedienten geschehe, und der rechnungsführende Beamte könne um so weniger verbunden seyn, für die Unterbediente zu haften, da diese ohne Bestellung einer hinlänglichen Caution, und ohne den Vorstellungen der Beamten dieserhalb Gehör zu geben, angesetzt würden.

 So

So anscheinend diese Gründe sind, so wenig konnten sie doch den Beklagten von der Bezahlungsverbindlichkeit des geforderten Registerrückstandes befreien.

Der Beamte, dem die Königl. Cammer die Führung des Rechnungswesens eines Amts, oder der Amtsregister aufgetragen hat, ist, Inhalts vorhandener Landesverordnungen, zum Generaleinnehmer aller herrschaftlichen Intraden bestellt, und Er muß dieselben berechnen und an die Cammercasse abliefern.

Der 13. §. der erneuerten Amtsordnung des Herzogs Johann Friederich vom 18ten Junius 1674 a) bestimmt hierüber folgendes:

„Dieweilen auch Unsern Beamten die Aufsicht und Einnahme der Contribution und anderer gemeinen Landesanlagen, samt der Einquartirung, und was davon dependiret, in den Aemtern zugleich mit aufgetragen und anvertrauet; So sollen dieselben, vermöge ihrer hierauf mit gerichteten Eide und Pflichte, darin gleichfalls ihr Amt fleißig, redlich, getreulich, und allerdings ohnverweislich verrichten."

„Es sollen auch ferner unsere Beamten mit denen Unterthanen richtige Abrechnungsbücher und Kerbstöcke halten, und sie darin wegen der gelieferten Contribution unweigerlich quitiren."

Ferner wird im 16. §. verordnet:

„Unsere berechnende Beamte sollen über alle Unsere Einkommen ein richtiges und ordentliches Manual oder Hebungs-

a) Churbraunschweig-Lüneburg. Landesordnungen Calenberg. Theils Cap. 5. Nro. 6. S. 24. Zellischen Theils Cap. 5. Sect. 1. Nro. 6. S. 25.

bungsregister führen, auch selbiges, wann es von Uns befohlen, oder Unsere Cammer verlangen wird, pflichtmäßig fürzubringen schuldig seyn."

Mit dieser allgemeinen Vorschrift stimmte auch der Inhalt der, dem Beklagten bei seiner Ansetzung als Amtschreiber und Rechnungsführer zu C. ertheilten, Bestallung vom 3ten November 1762 vollkommen überein; denn in dieser Bestallung war, in Betreff der Verpflichtung als Rechnungsführer, ausdrücklich folgendes enthalten:

„Die Amtsintraden, worüber ihm Rechnung zu führen oblieget, zu rechter Zeit einfordern, darüber richtige Rechnung führen, dieselbe zur verordneten Zeit schließen, und zu Unserer Königl. und Churfürstlichen Cammer einsenden, auch auf Erfordern justificiren, die quartalige und ganzjährige Extracte aber, samt denen daraus herrührenden Ueberschußgeldern ohne Zeitverlust an gehörigen Ort einliefern."

In den Bestallungen der Amtsunterbedienten und in den von ihnen zu leistenden Diensteiden, findet sich hingegen keine Stelle, wodurch ihnen, von Seiten der Königlichen Cammer, eine Einnahme gewisser Gefälle anvertraut wird, vielmehr ist es den Amtsunterbedienten bloß zur Pflicht gemacht:

„Die Herrschaftlichen Geld- und Korngefälle, nebst den Monatsgeldern, so weit ihnen solches vom Amte befohlen wird, zu rechter Zeit einzufordern und beizutreiben." b)

L 2 Daß

b) K. u. Ch. Cammer-Ausschreiben vom 8ten April 1758, die Bestallung und Beeidigung der Amtsunterbediente betreffend.

Daß die Königl. Cammer auf keine Weise die Absicht habe, den Amtsunterbedienten den Auftrag zur Erhebung dieser oder jener Gefälle zu ertheilen, zeigt sich auch ferner aus der Art, wie die Cautionen geleistet werden. Nur der rechnungsführende Beamte bestellt der Königl. Cammer Caution für die ihm anvertrauete Hebung. Von dem Vorstande der Amtsunterbedienten nimt die Königl. Cammer keine Kenntniß, und wenn die Subalternen Caution bestellen, so geschieht dieses bloß zur eigenen Sicherheit der Beamten. Zuverlässig würde die Cammer selbst von den Amtsunterbedienten sich Caution bestellen lassen, wenn sie diesen eine Hebung aufgetragen hätte, und sie gesonnen wäre, sich dieserwegen an dieselben zu halten.

Der *rechnungsführende Beamte* ist *solchergestalt schuldig, alle Gefälle in Empfang zu nehmen*, und an die Cammercasse abzuliefern. Freilich bleibt es ihm unbenommen, die Hebung der Gefälle durch die Amtsunterbediente verrichten zu lassen, und es geschieht auch dieses, mit Vorwissen Königl. Cammer, beinahe auf allen Aemtern. Diese aufgetragene Hebung geht jedoch immer auf die Gefahr des zum eigentlichen Rechnungsführer bestellten Beamten, und auf den Fall eines sich ereignenden Rückstandes bleibt nur er allein der *Königl.* Cammer verbindlich.

Im 19ten §. der obenangeführten Amtsordnung von 1674 ist bereits verordnet:

„Weiters sollen Unsere berechnende Beamte die Amtsgefälle jedesmals zeitig, und zwar die Dienstgelder alle halbe Jahr richtig einfodern; — widrigenfalls sollen die nachläßi-

lässigen Beamten selbsten den Nachstand und zwar sofort, nach Verfließung obgesagter Zeit zu bezahlen schuldig seyn.“

Die Königl. Cammer hat auch mehrmals, öffentlich, und auf eine für ihre Beamte völlig verbindliche Weise erklärt, wie wenig sie geneigt sey, durch die zu ihrer Wissenschaft gekommene Erhebung der Herrschaftlichen Gefälle von den Amtsunterbedienten, die ursprüngliche Verbindlichkeit der eigentlichen rechnungsführenden Beamten für verändert oder vermindert gelten zu lassen.

In dem Cammerausschreiben vom 26sten Aug. 1755 wird dieserhalb verordnet:

„Gleichergestalt, da auch bei einigen Aemtern hergebracht ist, daß die Special-Hebung gewisser Gefälle durch die Amtsunterbediente verrichtet, und denn zwar solches fernerhin gestattet wird, haben die rechnungsführende Beamte solcherhalben gegen Königl. Cammer allein einzustehen, und damit sie im Stande seyn, zu jeder Zeit deßfalls Rede und Antwort geben zu können, auch nicht veranlasset werden von den Amtsunterbedienten, wegen dergleichen Hebungen, welche diese eigentlich in der rechnungsführenden Beamten Namen verrichten, die denenselben nicht wohl anzumuthende Beschaffung bürgerlicher Sicherheit zu verlangen, dabei in allen nach Anweisung §. 10 der Instruction vom 6ten Junius 1736 zu verfahren, dagegen aber auch mit sothanen Amtsunterbedienten richtige Abrechnung jedesmal zu pflegen, und dieselbe nach solcher gebührlich zu quitiren.“

Ebenfalls ist in dem bereits erwähnten, die Bestellung und Beeidigung der Amtsunterbedienten betreffenden, Cammerausschreiben vom 8ten April 1758, wodurch eine ältere Verordnung vom 15ten April 1705 erneuert und bestätiget wird, unter andern Folgendes enthalten:

„Nun bleibt es zwar dabei, daß, soviel das Rechnungswesen und die deshalb zu beschaffende Richtigkeit und Sicherheit solcher Leute (der Amtsunterbediente) betrifft, Königl. Cammer, nach wie vor, sich an diese nicht, sondern an die Beamte und diejenigen Rechnungsführer insonderheit und allein halte, in deren Register jener ihre einzunehmende Gelder eigentlich zur Einnahme kommen.“

Da alle diese Verordnungen ganz allgemein sind, und keiner Ausnahme erwähnen; so konnte auch der von der Größe des Amts C. hergenommene Einwand dem Beklagten nicht zu Statten kommen. Hielt der Beklagte die Bewerkstelligung der ihm von Königl. Cammer aufgetragenen Hebung beim Amte C. für unmöglich, so hätte er das Rechnungswesen entweder nicht annehmen, oder bei der Uebernahme desselben auf eine zweckmäßige Art für seine Sicherheit sorgen sollen. Aeußerst hart würde es freilich seyn, wenn die Königl. Cammer den, ohne Caution und ohne Zuziehung der Beamten, angestellten Amtsunterbedienten Geldhebungen auftragen und dabei verlangen wollte, daß der rechnungsführende Beamte für diese Subalternen einzustehen schuldig sey. Da aber, wie gezeigt worden ist, die Amtsunterbediente gar keinen Auftrag zu Geldhebungen von Königl. Cammer haben, sondern dieser einzig und allein von den Beamten selbst ertheilt wird, so kann man schlechterdings nicht

nicht sagen, daß Letztere ohne ihr Zuthun für die Amtsunterbediente verantwortlich gemacht werden. Will, oder muß der rechnungsführende Beamte, wegen eintretender Umstände, die Hebung der Gefälle durch die Amtsunterbediente verrichten lassen; so kann er, durch gehörige Vorsicht, und besonders durch fleißige Abrechnungen sehr leicht allen Nachtheil von sich abwenden. Ueberhin verstattet es auch Königl. Cammer, Inhalts ihres Ausschreibens vom 8ten April 1758, und nach der dem Beklagten Amtmann C. ertheilten ausdrücklichen Erklärung, sehr gern, daß der rechnungsführende Beamte sich von solchen Amtsunterbedienten, denen Hebungen anvertrauet werden, gehörige Sicherheit bestellen läßt.

Hierdurch verschwindet aller Anschein von Härte oder Unbilligkeit der, auf ausdrückliche Verordnungen sich gründenden, Verbindlichkeit der rechnungsführenden Beamten gegen Königl. Cammer.

Die königl. Justizcanzlei zu Hannover erkannte daher am 18ten Julius 1783, gegen den beklagten Amtmann C. folgendermaaßen:

„Nachdem den rechnungsführenden Beamten einzig und allein die specielle Hebung, Berechnung und Ablieferung der Herrschaftlichen Gefälle von Königl. Cammer aufgetragen, auch dieselbe sich wegen des Bestandes der darüber zu führenden Amtsregister, die Gefälle mögen erhoben seyn von wem sie wollen, an Niemand anders als an besagte Beamte zu halten verbunden ist, als wird Implorat hiemit schuldig verurtheilt, die aus den, bis zum 1sten Mai

Mai 1775 von ihm geführten Amts C. Registern, rückständige 880 Rthlr. 9 Mgr. 7 Pf. Cassen-Münze, Königl. Cammer zu bezahlen."

Der Beklagte appellirte zwar an das Königl. O. A. Gericht; allein durch die Sentenz dieses höchsten Gerichtshofes vom 18ten December 1789, ward die Appellation zurückgewiesen, das Erkenntniß des ersten Rechtsganges lediglich bestätiget, und der Beklagte noch überdies zur Erstattung der Kosten der Appellationsinstanz verurtheilt.

X Erörterung.

Der Eigenthümer einer Koppeljagd ist befugt, sein Jagdrevier, zu Zeiten, mit mehreren Schützen zu bejagen.

In einem Rechtsstreite des Anwaldes des Königl. Churf. Forstamts, wider die Erben des Oberstlieutenants von der Wense zu W., behauptete Ersterer, daß Letztere eine ihnen in einem gewissen begränzten Bezirke zustehende Koppeljagd schlechterdings nur durch einen Schützen ausüben lassen dürften, und daß sie nicht befugt wären, mit zwei, drei oder mehreren Jagdliebhabern neben dem eigentlichen Jäger die Jagd zu beziehen. Der Anwald des Forstamts suchte diese Behauptung vorzüglich durch den Inhalt der, vom Herzoge Christian Ludwig, am 18ten December 1652, der Ritter- und Landschaft wegen des Jagens ertheilten Resolution a) zu

a) Churbraunschw. Lüneburg. Landesordnungen Zellischen Theils. Cap. 9. No. 3. S. 20.

zu begründen, durch welche, nachdem darin zuerst über Hasengehäge, über den höhern Gerichtsstand in Jagdstreitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Unterthanen, über die Art unbefugte Jäger zu pfänden, und über die Jagddienste verschiedenes bestimmt ist, auch folgendes wörtlich verordnet wird:

„Und bleibet sonsten einem jeden auf denen Feldmarken, da er seine Gutsleute und Zehntner hat, die Koppeljagd, auch Stellen und Schießen, so weit solches von jedwedem gebührlich hergebracht, nicht unbillig vorbehalten, dabei gleichwohl die Maaße und Bescheidenheit in Acht zu nehmen, daß nicht ein von Adel oder Gutsherr durch 3 oder 4 dazu bestellte Leute an einem Orte jagen und schießen lasse, sondern von jedwedem mit der Jagd berechtigten Gute, nur ein Schütze oder ein anderer, der an dessen Statt gebraucht, gehalten werde.“

Diese gesetzliche Bestimmung begünstiget jedoch die angeführte Meinung des Forstamtes keineswegs. Es zeigt

erstlich, der ganze Zusammenhang der Resolution, daß es damit nur die Absicht gehabt habe, gewisse Beschwerden des Adels in Betracht der Jagddienste ihrer Gutsleute zu heben, und keineswegs die, geradezu die Frage zu entscheiden: durch wie viel Jäger ein Jagd-Interessent, dann und wann, seine Jagd auszuüben, wohl befugt seyn möge?

In der Resolution ist

zweitens, nicht die Rede von einem begränzten Jagdbezirke, sondern nur von der Jagdbefugniß in solchen Feldmarken,

worin der Adel Meier und Zehnten hat, welche gemeiniglich von den Wohnsitzen weit entfernt zu seyn pflegen; und wahrscheinlich mag auch hierin wol der Grund gelegen haben, weshalb gegen die, in der That nicht ganz verfassungsmäßige, Resolution keine Gegenvorstellung geschehen und deren Abänderung nicht bewürkt ist.

Drittens, verbietet die Resolution nur die Ausübung der Jagd durch mehrere, eigentlich dazu bestellte Leute oder Jäger. Sie schließt hingegen das Jagdgehen mehrerer Jagdliebhaber so wenig aus, daß vielmehr den Jagdinteressenten ausdrücklich verstattet wird, einer dem andern zur Verstärkung der Jagd, zu Zeiten die Hunde zu leihen und an Orten, wo sie die Koppeljagd hergebracht haben, eine Jagd zusammen zu machen.

Endlich streitet

viertens, die tägliche Erfahrung, und die im ganzen Lande eingeführte Gewohnheit dagegen, daß die Jagd nur durch einen Schützen ausgeübt werden dürfe, und es würde auch gewiß äußerst hart seyn, wenn Jagd-eigenthümer, die einmal einen besondern Jäger bestellt haben, nebst ihren Angehörigen sich gänzlich der eigenen Ausübung der Jagd enthalten, oder, ohne den Jäger mitzunehmen, jeder allein und an besondern Tagen jagen sollten.

So unstreitig solchemnach die Jagd-eigenthümer befugt sind, ihre Koppeljagden zu Zeiten mit mehreren Schützen zu beziehen, so richtig ist es dagegen auf der andern Seite, daß diese Befugniß mit der gebührenden Mäßigung ausge-

geübt werden muß, und daß, weder in Rücksicht auf den zu öftern Gebrauch, noch in Rücksicht der Zahl der mitzunehmenden Schützen, ein offenbarer Mißbrauch eintreten darf. Ohne dem im Fürstenthume Lüneburg allgemein angenommenen Jagdgebrauche zu nahe zu treten, und ohne die Befugnisse der Jagd-interessenten auf eine höchst beschwerliche Weise einzuschränken, läßt sich jedoch hierüber keine genaue Bestimmung im Allgemeinen angeben. Die Ermäßigung des mäßigen oder übermäßigen Jagdgebrauchs bleibt in jedem einzelnen streitigen Falle dem Richter vorbehalten, und die Anzahl der mitzunehmenden Schützen ist so lange der Discretion der Jagdberechtigten überlassen, bis diese sich eines offenbaren Mißbrauchs ihrer Befugnisse schuldig machen.

In der erwähnten Rechtssache erkannte daher das Königl. O. A. Gericht mittelst Bescheides vom 29sten September 1796:

„Nachdem es den Imploraten allerdings freisteht, zu Zeiten, und insofern solches nicht offenbar mißbräuchlich zur Ungebühr geschieht, mit mehreren Schützen ihr qu. Jagdrevier zu bejagen; so findet das angebrachte Gesuch nicht Statt.“

XI Erörterung.

Von der Jagdfolge.

Das Wort Jagdfolge pflegt in einer doppelten Bedeutung genommen zu werden. Man verstehet darunter sowohl die Befugniß, von den Unterthanen Dienste zum Zwecke der Jagd zu erfordern a) — Jagdfrohnen — als auch die Gerechtsame, vermöge deren der Jagdberechtigte befugt ist, dasjenige Wildprett, welches er auf seinem Jagddistricte durch Verwundung und dergl. zu occupiren angefangen hat und welches hernach auf einen andern Jagdbezirk entflohen ist, eigenmächtig zu verfolgen und sich daselbst zuzueignen. b) Es wird dieses Recht auch die Nachfolge oder *Nacheile genannt.* c) *Man sollte es aber eigentlich Wildfolge nennen.* In den Braunschweig-Lüneburgischen Landen wird denen von Adel, so mit der hohen Jagd versehen sind, und andern Begüterten, welchen dieselbe zustehet, die Wildfolge in den herrschaftlichen Wildbahnen zuerkannt, wenn von Seiten der Jagdämter nicht gezeigt werden kann, daß das Gegentheil verabredet oder hergebracht sey. d) Noch neuerlich hat daher die Zellesche Justizcanzlei, am 2ten Mai 1795 in S. des Königl. Churfürstl. Jagdamtes, wider den

a) **Runde** Grundſ. des deutſchen Privatrechtes §. 493. u. 497.

b) **Struben** rechtl. Bedenk. Th. 2. B. 190. Io. Andr. Niefer dis. de sequela venatoria vulgo Jagdfolge, Gott. 1789.

c) **Joh. Gotth. Pietſch** Verſuch der Grundſätze des Forſt- und Jagdrechtes §. 117. **Beck** de iurisdict. forestali, pag. 253.

d) a Pufendorf Tom. III. obs. 192.

den Doct. iur. Nieper modo den von Estorffschen Curator. in p. Jagdfolge, folgendergestalt decretiret:

„Nachdem es, vermöge der gemeinen in Deutschland geltenden Rechte e) erlaubt ist, ein auf eigenem Grund und Boden angeschossenes oder verwundetes f) Wildprett in des Nachbarn Jagddistrict zu verfolgen; solches Recht der Nacheile auch in den meisten Ländern Deutschlands g) hergebracht, und, daß im Fürstenthume Lüneburg eine andere Landesobservanz vorwalte, überall weder behauptet noch beygebracht ist; daß daher Bekl. das angeschossene und übergetretene Wild in die herrschaftlichen Jagddistricte, jedoch nach vorgängiger dessen Anmeldung bei dem nächsten Forst- oder Jagdedienten h) und mittelst Beobachtung dessen, was dabei sonst bisher üblich gewesen, i) zu verfolgen, daselbst zu erlegen, abzufangen und wegzuhohlen, für berechtigt allerdings zu achten; mithin Kläger mit der deshalb erhobenen Klage abzuweisen und Beklagter davon zu entbinden sey; es könnte und woll-

e) §. 13. f. de rerum divis. L. 5. §. 1. L. 55. D. de adquir. rer. dom.

f) Ohne geschehene Verwundung des Wildes, dergestalt daß es schweißet, findet die Jagdfolge überall nicht statt. Richter P. 1. dec. 16. n. 4.

g) Riccius von der Jagdgerechtigkeit, Hauptst. 8.

h) Die Anmeldung muß guter Ordnung wegen vorgenommen werden, und damit keine servitus venandi entstehe. Kestner de sing. quib. Germ. circa res et person. iur. §. 13.

i) So ist es z. B. zuweilen üblich, daß der Ort, wo die Verwundung geschehen, bezeichnet werden muß; daß der Jäger bei der Nacheile weder blasen noch die Hunde anhetzen darf; daß die Jagdfolge binnen einer gewissen Zeit geschehen; der Jäger den Stein von der Flinte abschrauben muß u. s. w.

wollte denn klagendes Jagdamt, wie ihm zu thun obliegt, binnen einer Präjudicialfrist von 6 Wochen, rechtlicher Gebühr erwiesen, daß dem Hause Barnstedt die Jagdfolge oder Nacheile in die herrschaftliche Wildbahn nicht zustehe, welchenfalles, salva reprobatione, anderergestalt weiter ergehet, was Rechtens."

Mittelst Bescheides vom 20sten October 1795 ist dieses Erkenntniß vom höchsten Tribunale bestätigt worden.

Eine ähnliche Entscheidung ist am 28sten Aug. 1797, in Sachen des Cammerherrn von Oberg zu Schwecheldt tut. nom. des von Oberg zu Duddenstedt, Klägers, wider den Anwald des Jagdamts, Beklagten, in puncto Wildfolge, von der Canzlei dahin rechtskräftig erfolgt:

„Daß Kläger das in seinem Jagdrevier angeschossene Wild, nach dem, in den mehrsten Ländern Deutschlandes und auch an andern Orten hiesiger Lande, obwaltenden Herkommen und der daraus entspringenden rechtlichen Präsumtion, in die angrenzenden Königl. Churfürstl. Wildbahnen zu verfolgen, daselbst völlig zu erlegen, abzufangen und wegzuführen, nach vorgängiger Anmeldung dessen bei dem nächstwohnenden herrschaftl. Forstbedienten, und mittelst Beobachtung desjenigen, was dabei zur Verhütung des Mißbrauchs, zum Beweise des in eigener Jagd geschehenen Anschusses und der Flucht des verwundeten Wildes über die Grenze, gebräuchlich und erforderlich ist, wohl befugt, und beklagtes Jagdamt demselben solche, einen Eingriff in die Landeshoheit überall nicht ausmachende, Wildfolge zu gestatten gehalten sey;

sey; es könnte und wollte denn Beklagter binnen einer, salva reprobatione, hiermit gesetzten sechswöchentlichen Präjudicialfrist, ein hergebrachtes ius prohibendi darthun, worauf alsdenn ferner erginge w. R.

So viel indeß den, zu gegenwärtigem Rechtsstreite Veranlassung gegebenen, Vorfall insbesondere betrift, ist Kläger bei versäumter Anzeige und fehlenden Bescheinigung des Anschusses und der Flucht, wegen des Werths des verwundeten Wildes, sich mit Beklagten abzufinden und künftig dergleichen unweidmännischen Verfahrens sich zu enthalten verbunden.

Der Anwald des Jagdamtes entsagte nachmals dem vorbehaltenen Beweise.

XII Erörterung.

Von der Koppelfischerei.

Wenn die Fischereigerechtigkeit mehrern, unter welchen auch der Landesherr seyn kann, zugleich dergestalt zustehet, daß sie dieselbe gemeinschaftlich ausüben können; so bestehet hierin die Koppelfischerei. a) In der Ausübung müssen eben die Gesetze und Vorschriften befolgt werden, welche von

a) In mittlern Zeiten wurde die Fischerei als ein Stück der Jagdgerechtigkeit betrachtet, und mit derselben nach gleichen Grundsätzen beurtheilt. Stissers Forst- und Jagdhistorie, S. 283. u. 300. So gut man also eine Koppeljagd hat, eben sowohl kann man eine Koppelfischerei haben.

von der Fischereigerechtigkeit überhaupt gelten. b) Kein zur Koppelfischerei Berechtigter, es mag der Landesherr oder ein Begüterter seyn, darf daher die Fischerei dergestalt ausüben, daß der andere Mitinteressent dadurch benachtheiligt wird. Hieraus läßt sich auch die Frage beurtheilen: ob ein zur Koppelfischerei Berechtigter die Fischerei an ein ganzes Dorf oder an viele Personen zugleich verpachten könne? Unstreitig würde durch eine solche Ausübung die Fischerei zu Grunde gerichtet und der andere Mitinteressent in seiner Befugniß gänzlich eingeschränkt werden. Diese Frage kam zur Sprache in S. Anwalds des Amts Dannenberg gegen den Geheimen-Rath Freiherrn Grote in puncto Fischerei.

XIII Erörterung.

Vom Holzdiebstahl und dessen Bestrafung.

Die Holzentwendungen werden nicht auf eine gleichförmige Weise bestraft. Wenn Jemand aus fremden, herrschaftlichen oder Privatforsten, oder Interessenten-Holzungen, unerlaubter heimlicher Weise Bäume fället, Aeste und Zweige abhauet, Heister oder andere junge Bäume ausgräbt, beschädigt u. s. w., so begehet derselbe durch diese unerlaubte Handlung einen Forstfrevel, ein bruchfälliges Verbrechen. Dergleichen Wrugensachen werden bei den Aemtern und Gerichten in einem sogenannten Vorgerichte zuerst un-

b) Estor bürgerl. Rechtsgelehrs. der Deutschen, §. 2331. ff.

untersucht und auf dem nächsten Landgerichte, nach Befinden der Umstände, mit Geld, Gefängniß, oder auch wol mit Karrenschieben bestraft. a)

Ist hingegen die Entwendung an bereits gefällten Bäumen, oder aufgeklaftertem Holze verübt worden, so würde ein solches Verbrechen, nach der peinl. Gerichtsordnung, b) eigentlich in die Classe wirklicher Verbrecher gehören, nicht bruch- oder wrogenmäßig, sondern peinlich zu untersuchen und von dem ordentlichen peinlichen Richter den Grundsätzen gemäß zu bestrafen seyn, welche überhaupt von Diebstählen gelten. c)

Indessen werden, nach einer allgemeinen Landesobservanz und der Verfassung der Landgerichte, die Entwendungen von zwar schon gehauenen, aber in der Forst noch liegenden, und noch in dem Eigenthume des Forstherrn sich befindenden Bäumen oder aufgeklaftertem Holze eben sowohl für solche, vor die Wrogen und Landgerichte gehörigen, Forstfrevel gehalten, als die mit dem Hauen verbundene Entwendung des Holzes. Ein gleiches observanzmäßiges Principium findet auch in Absicht der Holzentwendungen von der Holzflöße auf der Leine, Ilme u. s. w. statt. Es ist daher ad Acta Grabbe c. das Amt Hitzacker in pto vorgeblicher Aufladung fremden Holzes, unter dem

18ten

a) *Corp. Const. Luneb.* Cap. VIII. Claproths Einleitung in den Proceß, §. 30.

b) Art. 168.

c) Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 365.

18ten Nov. 1796 ein Landesherrl. Rescript hierüber an die hiesige Justizcanzlei dahin ergangen:

„Daß es bei der hergebrachten Observanz, nach welcher die Entwendung von schon gehauenem und in der Forst noch aufgeklaftert liegendem Holze, zur Cognition und Bestrafung der Landgerichte gehöre, unabänderlich verbleiben und dergleichen Sachen, wenn sie bei der Justizcanzlei angebracht, nicht angenommen, vielmehr sofort ab und an die Behörde verwiesen werden sollen.“

Geschehen aber Entwendungen von Bäumen oder von Holze, welches nicht mehr in der Forst, sondern auf Höfen oder in offnen Feldern liegt, so werden dergleichen Fälle von der Justizcanzlei peinlich, entweder als Feld- oder gemeine Diebstähle bestraft. d)

XIV Erörterung.

Erb-Saal- und Lagerbücher müssen ediret werden.

Daß die Erbregister, Saal- und Lagerbücher, wenn sie die rechtlichen Eigenschaften haben, a) beweistüchtig sind und Glauben verdienen, ist nicht zweifelhaft. b) Darüber zu

d) Acta inq. Christoph Hinrichs und Johann Julius Wiese in pto einer Holzentwendung v. J. 1796.

a) HELLFELD repertor. reale practic. v. Amtsbücher, Erbbücher. ENGAN de libris censualibus.

b) Struben rechtl. Bedenken, B. 2. S. 325.

wird aber zuweilen gestritten: ob die Aemter und Gerichte verpflichtet sind, die Erbregister, wenn sie von den Unterthanen belangt werden, zu ediren? Die bejahende Meinung verdient den Vorzug. Dergleichen Bücher enthalten nicht nur ein Verzeichniß der herrschaftlichen Gefälle, Dienste, Hebungen, Zinsen u. dgl. sondern es sind auch darin die Befugnisse und Gerechtigkeiten der Unterthanen verzeichnet; mit deren Zuziehung sie auch verfertigt werden müssen. Das Interesse der Unterthanen ist also an solchen Büchern unverkennbar, und da sie in communem plurium utilitatem errichtet werden; so sind sie auch ratione constitutionis documenta communia. c) Solche Instrumente müssen aber allezeit ediret werden: aequum enim est, quod mea caussa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi. d) Selbst der Fiscus ist verpflichtet, solche Documente seinem Gegner zu ediren. e) In dem Hoyaischen Landtagsabschiede v. J. 1697 art. 12. ist auch ausdrücklich bestimmt: daß die Beamten, welche die Erb- Saal- und Lagerbücher für sich anführen, solche auch gegen sich gelten lassen und auf rechtliches Erfordern zu produciren schuldig seyn sollen.

c) Martens de instrumento communi eiusque editione, Gött. 1773 von Tevenar Theorie des Beweises im Civilproceß, S. 162.

d) L. 4. §. 1. D. de edendo.

e) L. 7. C. de edendo.

XV Erörterung.

Von Benutzung der Wiesen durch zweimaliges Abmähen.

Die Wiesen sind bekanntlich entweder einheuig oder zweiheuig. Die, welche dreimal geschoren werden können, haben gewöhnlich Zaun- und Gartenrecht. Meistentheils sind dieselben nur zu einer gewissen Zeit geschlossen und müssen hernach offen gehalten werden, damit das herrschaftliche oder Gemeinde-Vieh darauf weiden kann. Die Art, wie die Wiesen geschlossen werden, ist zwar verschieden; gewöhnlich aber werden sie, vom 1sten Mai a) bis Bartholomäi oder bis zum 24sten August, für geschlossen geachtet. Nicht selten pflegt nun darüber gestritten zu werden: ob der Eigenthumsherr berechtigt ist, seine Wiesen, worauf einem andern die Hütungsgerechtigkeit in offnen Zeiten zustehet, zu geschlossener Zeit zweimal zu mähen und abzuerndten? b)

Die Hütungsberechtigten wollen gewöhnlich eine solche zweimalige Abhauung der Gräserei nicht zugeben und führen meistens zu dem Ende an: daß die Wiesen nur einmal von jeher geschoren wären und eine zweimalige Schur derselben der

a) Nach dem verbesserten Calender. Verordn. vom 5. Nov. 1708. in *Corp. Const. Luneb.* Cap. VIII. S. 209.

b) Crell de fructibus pratorum ante tempus pascendi perceptis. §. 3. Von dem Falle, wo es gleich nach der ersten Heuerndte erlaubt ist, die Wiesen mit dem Viehe zu betreiben, handelt Struben in d. rechtl. Bedenk. Th. 4. N. 153.

der Observanz zuwider sey; daß dadurch die Hut- und Weide-Servitut entzogen, eingeschränkt und dem Weideviehe die Nahrung dadurch genommen würde; daß der Eigenthumsherr da, wo eine anerkannte Servitut vorhanden sey, zum Vortheil des praedii dominantis keine neuen Einrichtungen willkührlich treffen könne, wodurch der Umfang und Genuß des Dienstbarkeitsrechtes eingeschränkt werde u. s. w.

So viel ist nun hierbei wohl ganz ausgemacht, daß, wenn die Wiesen überhaupt nur einmal gehauen werden, alsdann das Vieh mehr jungen Graswuchs beim Anfange der Oeffnungszeit vorfindet, als wenn sie zu geschloßnen Zeiten zweimal geschoren werden. Allein dieser Gewinn bleibt doch immer nur zufällig und eben daher ist der Hütungsberechtigte nicht befugt, denselben als ein Recht zu fordern. Er kann nur verlangen, daß die Wiesen mit dem Ablaufe der Zuschlagszeit pünctlich geöffnet werden, und er würde ja auch den Eigenthümer nicht hindern können, kurz vor dem Eintritte der Oeffnungszeit, dieselben abzumähen und das Heu oder Gras davon einzuwinden. Daß die Wiesen, bei schlechter Bewirthschaftung, bisher nur einmal gemähet worden sind, kann dem Eigenthümer niemals allein die Befugniß nehmen, durch verbesserte Wirthschaft die Benuzung derselben auf erlaubte Art zu ersehen; da doch immer die Eigenthumsrechte weit stärker sind, als die Dienstbarkeitsbefugnisse. Durch dergleichen, mit dem Eigenthumsrechte und der natürlichen Freiheit verbundene, Einrichtungen, wird auch die Hut und Weide weder ganz aufgehoben, noch verdorben und entzogen, und eben daher können solche, dem Grundherrn vortheilhafte Veränderungen, demselben nicht un-

untersagt werden, c) insonderheit, wenn man nicht alle Fortschritte einer verbesserten Landwirthschaft hemmen will. Wenn also die Hütungsberechtigten sich eines iuris prohibendi anmaßen und solches actione confessoria behaupten wollen, so müssen sie erweisen: daß der Eigenthümer nicht berechtigt sey, zu geschlossenen Zeiten seine Wiesen durch eine zweimalige Schur zu benutzen. Diesen Grundsätzen zu Folge hat das Collegium am 12ten Octob. 1796 rechtskräftig in Sachen des Oberforstmeisters von Spörken tutor. nom. c. den Anwald des Amtes Blekede in pto spolii sive zweiten Gräserei-Schnitts auf folgende Weise erkannt: Wenn gleich beklagtes Amt nach Bartholomäi bis Maitag, auf den im sogenannten Bauernsee belegenen Wiesen die Hut- und Weidegerechtigkeit auszuüben wohl befugt, auch die darin befindlichen, zum Gute Horndorf gehörigen Wiesen, bisher nur ein und nicht zweimal gemähet worden; nachdem jedoch dem beklagten Amte geständigermaßen die Hut und Weide von Bartholomäi bis Maitag auf den im Streite seyenden Wiesen nur iure servitutis zustehet, den Gutseigenthümern aber nicht verwehret werden kann, zu geschlossenen Zeiten, und zwar von Maitag an bis Bartholomäi oder bis zum 24sten August, die Wiesen auf jede beliebige Art zu benutzen und durch eine zweimalige Schur die Wirthschaft auf selbiger zu verbessern; diese aus dem Eigenthumsrechte selbst herfließende Befugniß auch so wenig durch die, dem beklagten Amte von Bartholomäi bis Maitag nur zustehende Dienstbarkeit des Hut und Weiderechts, eingeschränkt, noch dadurch, daß solche bisher blos einmal zu geschlossener Zeit abgemähet, als rechtswidrig betrachtet werden mag; woh-

c) Deneckon Dorf- und Landrecht, P. III. c. 4. §. 42.

wohlerwogen eines Theils die Berechtigung des beklagten Amts zur Hut und Weide allererst mit dem 24sten August anhebt, folglich die Benutzung der Wiesen, durch zweimaliges Abmähen des Grases bis zu besagtem Termine, Klägern allerdings und zwar um so mehr freistehen muß, als es demselben nicht verwehrt werden kann, gedachte Wiesen kurz vor Eintritt des 24sten Augusts abzumähen und das darauf gewonnene Heu einzuscheuern; andern Theils aber die bisher unterbliebene zweimalige Abmähung der Wiesen die Befugniß des Eigenthümers nicht aufhebt, durch verbesserte Wirthschaft die Benutzung derselben auf erlaubte Art in der Folge zu erhöhen; endlich aber auf den anerbotenen Beweis, da von demjenigen, was der eine oder der andere Eigenthümer in Absicht dieses Puncts und in Rücksicht seiner in der Bauernsee belegenen Wiesen, sich etwa gefallen lassen, kein rechtlicher Folgeschluß auf die dermaligen Kläger hergeleitet werden mag, es überall nicht ankommen kann; daß daher Kläger, die zum Gute Horndorf gehörigen, in der Bauernsee belegenen Wiesen zu geschlossener Zeit, mithin zwischen Maitag und Bartholomäi, zu zweienmalen zu mähen und das Heu davon einzuerndten, allerdings befugt und solchemnach beklagtes Amt aller Eingriffe und Stöhrungen sich solcherhalb zu enthalten schuldig; es könnte und wollte denn, binnen Präjudicalfrist von 6 Wochen, vorbehältlich des Gegenbeweises, wie Recht darthun, daß die Besitzer des Gutes Horndorf die qu. Wiesen zu geschlossenen Zeiten zweimal gemähet, solches aber vor beklagtem Amte untersaget und erstere sich dabei, binnen rechtsverjährter Zeit, beruhigt haben, so erginge sodann dem Befinden noch ferner w. R.

XVI Erörterung.

Vasa Murrina

ad leg. 3. §. 4. D. de Supellectile legata.

Mitten unter den Hausgeräthschaften der Römer, von welchen in dem Titel der Pandecten de supellectile legata, gehandelt wird, kommen auch die vasa murrina oder murrhina vor;

> De murrhinis et crystallinis dubitari potest, an debeant adnumerari supellectili, propter eximium usum et pretium: sed de his idem dicendum est.

Verschiedene Hausgeräthschaften derselben sind schwer zu erklären, z. B. die imperia, von welchen in einer andern Gesetzstelle a) die Rede ist. Besonders zweifelhaft ist es aber bis jetzt gewesen, aus was für einer Masse das Murrinum bestanden sey?

Einige nicht unbedeutende Mineralogen haben es bald für chinäsisches Porcellän, oder Glaspasten, oder Rubinglas, oder Sardonix, oder Dendrachat; andere bald für buntfarbigen Flußspath, oder eine Art von Bernstein, oder Meerschaum u. s. w. erklärt.

Schel-

a) L. 3. pr. D. de supellect. legat. **Püttmann** erklärt die imperia für Bettdecken oder Bettvorhänge, gleichbedeutend mit dem caduro scil. stragulo, einer Decke von Cadurkischer Leinwand, beim **Juvenal**. *Miscellaneor. ad ius pertinentium* spec. XII. cap. 24. Lips. 91. Daher ließe sich also vielleicht auch der Ursprung des Wortes: **Imperialbette** erklären:

Scheller [b]) bemerkt davon: „Die vasa murrhina waren von schöner Malerei, durchsichtig, und hatten viel Aehnlichkeit mit unserm Porcellán; doch wir kennen diese ganze Masse nicht recht, weil die Römer sie aus der Fremde bekamen und folglich selbst nicht genau kannten."

Der gelehrte Herr Berghauptmann von Veltheim hat aber das ganze Problem neuerlich aufgelöst [c]) und alle irrigen Vorstellungen, die man sich bisher davon gemacht hatte, berichtigt. Er hat alle Stellen der alten Schriftsteller, welche die Kennzeichen dieser Steinart angeben, ausgehoben und zusammen gestellt; aus welcher Untersuchung denn folgendes Resultat hervorgegangen ist:

„Vasa murrina waren Gefäße aus chinásischem Specksteine, [d]) welche von China aus nach Kermen, vermuthlich durch den Küstenhandel, gebracht wurden und welchen die Chináser schon damals einen Muskusgeruch mitzutheilen pflegten."

Hieraus läßt es sich erklären, daß dergleichen Gefäße äußerst kostbar seyn mußten und daß man den Gebrauch derselben für etwas außerordentliches hielt. Aus diesem Grunde schien es auch, in der angeführten Gesetzstelle, dem Juristen

b) In s. Wörterbuche zum Behuf der Erklärung der Alten.

c) In der Abhandlung über die *Vasa murrina*, Helmstedt 1791. 8.

d) Der zu Gefäßen eingerichtete Speckstein zeigt Bilder von unendlicher Mannichfaltigkeit. Vermuthlich ist man daher auf die Behauptung gekommen, daß die vasa murrina von schöner Malerei gewesen wären.

risten Paullus anfangs zweifelhaft zu seyn, ob man die vasa murrina wohl mit zu den Häusgeräthschaften rechnen könne?

Es wurden aus dieser Steinart verschiedene Gefäße, vorzüglich aber Weinbecher, Spitzgläser (trulla, crater) und dergleichen verfertigt; daher man auch das Wort murrina, als Masse, Steinart, insgemein statt des daraus verfertigten Geschirres gebrauchte. Nur die reichern Römer konnten sich Gefäße, aus Murrinum gearbeitet, anschaffen und sie pflegten solche alsdenn auf ihren Putz- und Statstischen, oder im Speisezimmer zur Pracht und Bewunderung auszustellen. e) Höchstselten waren sie größer, wie die gewöhnlichen Trinkbecher. f) Als etwas auffallendes, bei der Seltenheit und Kostbarkeit dieser Gefäße, wird von Lampridius g) bemerkt, daß Heliogabal sich derselben zu Nachtgeschirren bedient habe.

Uebrigens findet man Gefäße von dieser Steinart in großen öffentlichen Kunstsammlungen und auch zuweilen in Sammlungen solcher Privatpersonen, h) welche Kunstsachen schätzen und aufbewahren.

XVII

e) Averan. interpretat. iur. Lib. IV. cap. 23. p. 262. Basil. Tom. V. p. 777.

f) Plinius Histor. natur. Lib. 37. c. 8.

g) in Vita Heliogab. c. 32.

h) von Veltheim a. a. O. S. 18. f.

XVII Erörterung.

Von der Berechtigung der Krämer mit fertiger Schuster-arbeit zu handeln.

Die Schuhmachergilde zu Göttingen bestritt den Mitgliedern der dortigen Kaufgilde die Befugniß mit fertiger Schuster-arbeit einen Handel zu treiben, und zwar aus einem doppelten Grunde. Es ward nämlich

erstlich, im Allgemeinen behauptet, daß kein Kaufmann mit solchen Sachen zu handeln berechtiget wäre, welche die Handwerker des Orts selbst verfertigten, weil widrigenfalls die Handelschaft alle übrige Nahrungsarten und Handwerke gänzlich unterdrücken würde.

Besonders bezog sich die Schuhmachergilde aber auch

zweitens, auf einen dahin lautenden Artikel ihres Gildebriefes:

„Kein Gildebruder noch Fremder soll mit Schuster-arbeit in den Städten oder Dörfern hausiren gehen, noch auch fremde Schuster, so nicht zur Gilde gehören, dergleichen Arbeit, außer den Jahrmärkten, zum feilen Kauf in die Stadt bringen oder umhertragen. — Es soll auch keiner, welcher Gildegenoß ist, Leder einzeln ausschneiden und verkaufen."

Beides war jedoch zur Begründung des von der Schuhmachergilde sich angemaßten Widerspruchs unzureichend.

An sich ist die Befugniß, Handel und Wandel zu treiben, eine Sache freier Willkühr a) und jedem ist es unverwehret, mit allen verkäuflichen Dingen so lange zu handeln, als nicht gezeigt werden kann, daß diese Freiheit durch Gesetze oder Verträge eingeschränkt worden ist. Eine solche Einschränkung findet sich in den mehrsten deutschen Städten dadurch, daß, hauptsächlich im 12ten und 13ten Jahrhundert, gewisse Einungen, Zünfte, Aemter, Brüderschaften der sogenannten Handwerksleute, auch nachmals Gilden der Kaufleute entstanden, und durch Obrigkeitliche und Landesherrliche Genehmigung bestätigt sind. b)

Nach dieser Einrichtung, wodurch die natürliche Freiheit insofern aufgehoben ward, daß, außerhalb den Gilden, keine Handlung und kein Gewerbe getrieben werden darf, ist ein Handwerksmann, im Entgegensatze des Werkmanns, als z. B. des Maurers, Zimmermanns rc. derjenige, der rohe Materialien auf den Kauf oder um Lohn künstlich bearbeitet. Es steht dem Handwerksmanne frei, mit den von ihm in seiner Werkstatt verfertigten Waaren zu handeln, welches der Handwerkskram genannt wird; mit rohen Materialien oder mit Waaren die er von andern aufgekauft hat, darf er aber keinen Handel treiben, es wäre denn, daß er einen langjährigen Besitz, oder einen besondern Freiheitsbrief für sich hätte. c)

Der

a) L. 5. Dig. de Just. et Jure.

b) DE SELCHOW Elem. Jur. Germ. L. 1. C. 5. S. 3. tit. 1 et 2. §. 331.

c) STRUVE System. Jur. Opific. P. 1. Lib. 4. Cap. 4. §. 13. pag. 415. Fricke Recht der Handwerker, Abschn. 10. §. 92.

Der Kaufmann hingegen ist, nach jener Einrichtung der Gilden, im Allgemeinen genommen, diejenige vom Staate privilegirte Person, welche durch die Erwerbung erlaubter Waaren und ihren in unveränderter Form geschehenen Vertrieb einen billigen Vortheil zu ziehen sucht, ohne dabei, in Rücksicht der Handwerker, durch ein allgemeines Gesetz an eine besondere Art von Waaren gebunden zu seyn, welches der, durchgängig begünstigten, Freiheit im Handel zuwider laufen würde. d)

Schon aus diesen allgemeinen Bemerkungen zeigt es sich, daß es eine irrige Meinung ist, nach dem Grundverhältnisse der Handwerker und Handelsleute, die Handelsbefugniß der Letztern nur auf die Waaren einschränken zu wollen, welche die Handwerker eines jeden Orts nicht verfertigen. Dieser Irrthum zeigt sich noch deutlicher, wenn man etwas Aufmerksamkeit auf die verschiedenen Arten oder Gaffeln der Handelsleute richtet, welche in den mehrsten Städten und namentlich auch in Göttingen, in eine sogenannte zusammengesetzte gleiche Zunft vereinigt sind, obgleich diese mehreren Gaffeln, in Rücksicht auf die Art des Handels und auf die Waaren womit eine jede derselben zu handeln befugt ist, unter sich selbst eine große Verschiedenheit haben. e)

d) Fischers Lehrbegrif sämtlicher Cam. und Policeirechte, B. 3. S. 136. 144. u. folg. MEVIUS P. 4. Decis. 386. P. 5. Decis. 168. Arg. L. in. Cod. de Monop.

e) Fricke am ang. Orte, Abschn. 1. §. 2. und 5.

Es theilen sich nämlich die Handelsleute in Großhändler, (Franz. Grossiers, Magasiniers) welches solche sind, die ihre Waaren nur in großen Partieen verkaufen, und in Handverkäufer, Kaufmänner des Handkaufs (Marchands détailleurs, Marchands boutiquiers) welche die Waaren in großen Partieen einkaufen und im Kleinen wieder verkaufen. Diese sind nun wieder, entweder Gewandschneider, Materialisten, Hoken, oder Krämer im eigentlichen Verstande, je nachdem sie ausschließungsweise unter sich, entweder mit rohen Kleidungsmaterialien, mit Gewürz, mit Victualien, mit Fettwaaren, oder, wie leztere, die Krämer, mit Manufacturwaaren, Fabrikwaaren und allerlei bereits verfertigten Stücken handeln. f)

Dieses Verhältniß der Kaufmannschaft unter sich, sezt es außer Zweifel, daß die Handlung des Krämers, der weder die Handlungsartikel des Gewandschneiders noch des Hoken und Materialisten führen darf, schlechterdings nicht bloß auf diejenigen fertigen Waaren eingeschränkt seyn kann, welche die Handwerker eines jeden Orts nicht verfertigen, weil es widrigenfalls in nur irgend beträchtlichen Städten, wo Nagelschmiede, Bürstenbinder, Kamm-macher, Handschuhmacher, Drechsler ꝛc. vorhanden sind, überall keine Krämer geben könnte, und der ganze Kramhandel aufhören würde. Das Gegentheil dieses für die Krämer so widrigen Falles zeigt die tägliche Erfahrung; denn beinahe in jeder Stadt treiben die mehrsten üblichen Handwerker ihr Gewerbe, und doch

f) Fischer am ang. Orte, B. 3. Abschn. 2. §. 279. u. f. Krüniz Encyclopädie, Th. 36. S. 499. 627. 637.

doch verkaufen die Krämer ohne Widerspruch, Nägel, Bürsten, Kämme, Handschuhe, Drechslerarbeit und eine unzählbare Menge anderer Waaren, die zu gleicher Zeit von den Handwerkern des Orts verfertiget werden.

Ist es solchemnach ausgemacht, daß unter Kramwaaren, oder denjenigen bereits verfertigten Stücken, womit die Krämer handeln, auch solche Dinge mitbegriffen sind, welche die Handwerker des Orts zu gleicher Zeit verarbeiten; so leidet es wol kein Bedenken, daß auch die fertige Schusterarbeit der Regel nach zu den Kramwaaren gehört. Es ist nicht abzusehen, wie die Schuster ohne eine ganz besondere Begnadigung sich in diesem Stücke von andern Handwerkern unterscheiden, und wegen ihrer Arbeit ein Vorrecht haben sollten. Dieser, aus der Sache selbst herfließende, Grund gewinnt aber in hiesigen Landen dadurch noch ein ungleich stärkeres Gewicht, daß ein Churbraunschweigisches Landesgesetz die fertige Schuster-arbeit ausdrücklich zu den Handelsartikeln der Krämer zählt. Die Licent-ordnung vom Jahre 1739 g) führt im 4ten Capitel, welches die Ueberschrift hat: Von licentbaren Kleidungsstücken und auswärtigen Schuhen und Stiefeln, so wie in dem 5ten, 6ten, 7ten und 13ten §. der zu diesem Capitel gehörenden Anmerkungen, die Manns- Frauens- und Kinderschuhe, die Pantoffeln, Stiefeln und lederne Gamaschen, namentlich als solche Waaren auf, die, gleich andern fertigen Kleidungsstücken, von den Krämern verkauft werden, und wovon die-

g) Churbraunschw. Läneb. Landesordnungen Calenb. Theils, Th. 4. Cap. 8. Abschn. 2. Nr. 2.

diese, nach vorgängiger Anmeldung der in ihren Handel gebrachten Quantität, bei der Licentstube den Licent in Gemäßheit der zugleich vorgeschriebenen Taxe entrichten müssen. Freilich mag ein solcher ausgedehnter Handel der Krämer den Handwerkern und besonders den Schustern an manchen Orten wol ziemlich nachtheilig werden, und vielleicht könnte eine abändernde allgemeine Policeiverfügung dieserhalb nützlich seyn.

Es gehört aber die Frage: ob dem Publicum etwas schädlich oder nützlich, und solcherwegen dieses oder jenes zu verordnen sey? nicht hieher, und es kann im Wege Rechtens darauf keine Rücksicht genommen, vielweniger jemand sein Recht, zur Beförderung des Vortheils eines Andern, abgesprochen werden. b)

Ohne Zweifel gehört, solchergestalt, die fertige Schusterarbeit, der Regel nach, zu den Kramwaaren.

Durch den, im Eingange dieser Abhandlung, angeführten Gildeartikel, konnte die Schuhmachergilde zu Göttingen keine besondere Ausnahme von dieser Regel begründen, weil besagter Artikel gar nicht von den Krämern zu G. und von einer Einschränkung ihres Handels zu verstehen ist. Es verordnet derselbe

erstlich, daß kein Gildebruder noch Fremder in den Städten und Dörfern mit fertiger Schusterarbeit hausiren gehen solle. Diese Anordnung stimmt völlig mit der allgemeinen deutschen Zunftverfassung überein, nach wel-cher

b) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. S. 390. Th. 4. S. 286.

cher es den Handwerkern gewöhnlich nicht verstattet ist, außer der Hausbude mit ihren verfertigten Waaren einen Hausirhandel zu treiben. i) Auf die Krämer zu G. ist aber die Stelle, obgleich sie neben den Gildebrüdern auch der Fremden erwähnt, nicht anwendbar, weil ausdrücklich nur vom Hausirhandel mit fertiger Schusterarbeit die Rede ist, und die Krämer keineswegen diesen, sondern bloß den Handel in ihren eigenen Läden treiben.

Der erwähnte 45ste Artikel verordnet ferner

zweitens, daß kein fremder Schuster, der nicht zur Gilde gehöre, fertige Schusterarbeit, außer den Jahrmärkten, zum feilen Kauf nach G. bringen solle. Auch dieses ist der allgemeinen deutschen Zunftverfassung gemäß, weil vermöge des Zunftzwanges kein fremder, nicht zur Gilde gehörender, Handwerker, Producte verfertigen und verkaufen darf, welche dieser oder jener Gilde eigen sind. k)

Gegen die Krämer entscheidet aber auch diese Stelle des Gildebriefes nicht, da sie, wahrscheinlich in Rücksicht auf jene allgemeine Zunftverfassung, bloß vom unerlaubten Handel der fremden, oder auswärtigen, nicht zur Schustergilde in G. gehörenden, Schuster handelt, und einer Einschränkung des Handels der Krämer mit keiner Silbe gedenkt.

Eine

i) Fricke am ang. Orte, Abschn. 10. §. 93. Fischer a. a. O. B. 3. §. 270. Ad. Beier de Mag. Opific. C. 15. § 4.

k) Fischer a. a. O. B. 3. S. 258. §. 497. Beier de iure prohibendi quod competit Opificibus et in Opifices.

Eine solche ausdrückliche einschränkende Bestimmung, würde bei einer Anordnung, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bewürken sollte, unumgänglich erforderlich seyn; und da sie ermangelt, so ist das Privilegium der Schumachergilde nicht über den deutlichen Sinn der darin gebrauchten Worte auszudehnen, sondern, wie jedes Privilegium, buchstäblich und strenge auszulegen. l)

In Gemäßheit dieser Gründe, erkannte das königliche O. A. Gericht, in dem am 9ten Julius 1791 eröffneten Rechtsspruche, gegen die Schumachergilde zu Göttingen, und zwar folgendermaßen:

„Nachdem die Appellanten, dem 41sten § ihres Gildebriefes zu Folge, mit allerlei Kramwaaren zu handeln berechtiget sind, und in soferne nicht eine besondere Ausnahme dieserhalb dargethan werden kann, die fertige Schusterarbeit diesen allerdings beizuzählen ist; eine solche Ausnahme, und das von Appellaten angemaßte ius prohibendi aber, so wenig durch den 45sten § des Schustergildebriefes, als sonst zu begründen stehet, jener vielmehr deutlich darleget, daß dabei die Absicht geheget sey, nur das Hausiren und den Handel fremder, zur G. Gilde nicht gehörenden, Schuster, nicht aber der Kaufleute einzuschränken; so ist — das Erkenntniß Unsers Civilgerichts zu G. dahin wieder herzustellen, daß den Appellanten der Handel mit fertiger Schusterarbeit nicht zu verwehren, mithin dieselben von angestellter Klage zu entbinden sind.

XV

l) Cap. 19 et 30. X de Privileg. Wernher P. 5. Observat. 47. Richter P. 1, Decis. 4. Nro. 11.

XVIII Erörterung.

Ueber den Fischdiebstahl.

Nach Vorschrift der peinl. Gerichtsordnung a) wird beim Fischdiebstahl der Unterschied gemacht: ob Jemand aus Fischkasten, Weihern und Teichen, oder aus fließenden ungefangenen Gewässern, die einem andern zugehören, Fische entwendet? In jenem Falle sollen die allgemeinen, vom Diebstahle überhaupt geltenden, Grundsätze statt haben; im letztern aber der Thäter, nach Beschaffenheit der Umstände, an Leib oder Gut gestraft werden.

Unsere Landesgesetze b) verbieten das Fischen, sonderlich in der Laichzeit, in fließenden Wassern, Ausflüssen und Teichen, da einer zu fischen nicht berechtigt, bei willkührlicher Strafe, die, nach Befinden der Umstände, mit Aufbrennung eines Zeichens auf die Backen oder vor den Kopf, vergrößert werden soll.

Militairpersonen, welche in herrschaftlichen, der Städte, oder anderer Privatleute Teichen und Hegewassern fischen, es sey mit Körben, Angeln, Garnen, oder auf andere Art, sollen mit scharfen Gassenlaufen, Karrenschieben und andern schweren Leibesstrafen belegt werden; c) übrigens aber soll ihnen das Fischzeug weggenommen werden.

 Die

a) Artic. 169.

b) Edict vom 4. Jul. 1637 von harter Bestrafung der Wild- und Fischdiebe in *corp. Const. Luneb.* c. II. S. 751. u. cap. VIII. S. 152.

c) Kriegsartic. artic. 76. Edict v. 14. Dec. 1697. wegen Jagens und Fischens derer von der Milice, in *corp. Const. Luneb.* cap. III. S. 93 f.

Die Strafe begangener Fischdiebstähle wird in diesen Gesetzen größtentheils dem peinlich richterlichen Ermessen überlassen. Es dürfte auch wol kein Fall vorhanden seyn, daß ein Thäter mit Aufbrennung eines Zeichens auf die Backen oder vor den Kopf, wenigstens nicht in neuern Zeiten, wäre bestraft worden. Nach dem Gerichtsgebrauche pflegt, wenn keine besonders aggravirende Umstände eintreten, selbst wenn Fische aus Teichen, Weihern und Fischkasten gestohlen werden, keine eigentliche peinliche Leibes-, sondern nur, nach Beschaffenheit der Umstände, eine kürzere oder längere Gefängnißstrafe, oder auf eine angemessene Geldstrafe erkannt zu werden. [d]) Am 31. März 1794 wurden daher der Inq. Christ. Niemeyer, wegen einmal begangener Fischdieberei mit achttägigem, die andern Theilnehmer aber mit dreitägigem Gefängniß belegt.

Uebrigens finden die bei dem Fischdiebstahle geltenden Grundsätze auch bei dem Krebsdiebstahle ihre Anwendung.

XIX Erörterung.

Die Liedlöhner und Dienstboten-Sachen der Juden sind gleichfalls von Gerichtssporteln frei.

Den hiesigen Landesgesetzen zufolge sind die Liedlöhner und Dienstboten-Sachen von Gerichtsgebühren und Sporteln

d) Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts, §. 363. Pufendorf in prac. crim. B. L. c. IV. §. 103. von Liebhaber a. a. O. S. 490.

teln befreiet. a) Ob aber die Befreiung auch den Dienstboten der Juden zukommen könne? wollte man besonders aus dem Grunde bezweifeln, weil sie in den Verordnungen nicht ausdrücklich benannt und die Juden, ungeachtet ihrer Toleranz, nicht berechtigt wären, an den privilegiis und beneficiis der Christen Theil zu nehmen. Allein zu geschweigen, daß es immer eine Justinianische Inconsequenz bleibt, wenn den Judenweibern das privilegium dotis christlicher Weiber abgesprochen wird; b) so ist doch auch hiervon überall kein richtiger Schluß auf die Nichtbefreiung der jüdischen Dienstboten von Gerichtsgebühren zu machen; denn

1) redet die Verordnung von Dienstboten allgemein, und recipirte Juden müssen überhaupt alle Unterthanenrechte, in soweit sie solcher fähig sind, genießen;

2) wird nach der Observanz und nach richtigen Grundsätzen, auch den Dienstboten der Juden in Concursen eben der Platz angewiesen, welchen die Liedlöhner der Christen genießen; um so mehr muß man also den jüdischen Dienstboten die Befreiung von Gerichtsgebühren zusprechen, da selbige in allgemeinen Landesgesetzen, die hierunter keine Ausnahme vorschreiben, ihren Grund hat; das Privilegium der Lied-

a) Gesinde-ordnung v. J. 1732 §. XI. Declaration vom 27. Nov. 1780. wegen der Freiheit von Gerichts-Sporteln in Dienstboten-Sachen.

b) Nov. 109. cap. 2. C. F. Walch de privilegio dotis Iudaeae. Jen. 1785. I. S. Thiel principia iurispr. iudaicae. Hal. 1790. §. 153. Klapproth summar. Proc. S. 146. Köchy Meditationen, B. 1. S. 84 ff.

c) Rundes Grundsätze des allgem. deutschen Privatrechts. §. 641 ff.

Liedlöhner bei Concursen aber nur durch die Observanz begründet wird. Da übrigens diese Befreiung von Gerichtssporteln allgemein ist, so muß sie auch bei Concursen, wenn die Liedlohnsforderung bestritten wird und erst durch Zeugen, Ableistung des Eides u. s. w. klar zu machen und zu erweisen ist, ihre Anwendung finden; wobei es sich gleichwohl von selbst verstehet, daß dieselbe auf baare Auslagen des Gerichts, Verschickungskosten und dergleichen, nicht erweitert werden darf. In Rücksicht dieser Grundsätze erkannte auch K. Justizcanzlei in S. Eusel Isaac gegen die Burgvoigtei allhier, in puncto geforderter Gerichtssporteln, am 30sten Jul. 1791 folgendergestalt: „Wenn nun kein Grund vorhanden ist, warum die in Dienstbotensachen verordnete Sportelnfreiheit nicht auch den Juden zu statten kommen sollte, und denn allerdings besagte Sportelnfreiheit in Concursen ihre Anwendung findet; so habt ihr bei Abnahme des Eides und desfalsigen Ansetzung eines termini, Imploranten mit allen Gebühren, insofern es nemlich keine baare Auslagen sind, zu verschonen, ihm auch die etwa bereits bezahlten zu erstatten, oder zu Gute kommen zu lassen.

XX Erörterung.

Vom Cameraden-Diebstahl.

In den neuesten Kriegsartikeln vom 4ten Mai 1790 ist art. 142 wegen Bestrafung des Diebstahls folgendes verordnet: „Wenn Jemand entweder seinen Wirth, bei dem

er

er einquartiret ist, oder ein Diener oder Knecht seinen Herrn, oder ein Camerad den andern bestiehlet, der soll mit dem Strange vom Leben zum Tode gebracht werden, wenn der Werth der gestohlnen Sachen auf fünf Species-Reichsthaler sich beläuft und das Gestohlne nicht erstattet werden kann."

Der Grund dieser strengen Verordnung liegt, wie bei Bestrafung der Hausdieberei, ohne Zweifel darin, daß der Soldat mit den im Artikel bemerkten Personen in einem besondern und genauern Verhältniß stehet. Man kann sich vor den Diebereien solcher Leute nicht genugsam hüten. a) Inzwischen muß doch der Fall, wenn ein Camerad den andern bestiehlt, unstreitig, der Absicht und dem Grunde des Gesetzes gemäß, mehr eingeschränkt, als erweitert werden. b) Dem gemeinen Sprachgebrauche nach sind alle Soldaten und besonders die von einem Corps, Cameraden. Diesen ausgedehnten Begriff hat aber der obige Artikel gewiß nicht vorausgesetzt. In nicht so ausgedehnter Bedeutung pflegen diejenigen, welche in einem und demselben Regimente dienen, Cameraden genannt zu werden. Allein da auch Soldaten von einem Regimente nicht immer in einem solchen Verhältniß gegen einander stehen, welches dem wahren Sinne des Artikels gemäß ist; so läßt sich derselbe auch hierauf nicht ohne Einschränkung anwenden. Wenn daher z. B. ein Sol-

a) Die Gelegenheit kann hier nicht zur Strafmilderung gereichen. PÜTTMANN pr. problema iur. crim. delinquendi occasio an et quatenus delictum eiusque poenam minuat? Lips. 1783.

b) Meisters pract. Bemerk. aus dem Civil- und Criminalrechte, Th. 2. S. 100.

Soldat den andern von demselben Regimente, von derselben Garnison u. s. w. bestiehlt; so findet die gesetzliche Strafe nicht anders Statt, als wenn die genauere Verbindung und das engere Verhältniß, welches der Artikel voraussetzt, unter selbigen, bei dem begangenen Diebstahle, wirklich anzutreffen war. Es scheint also, dem wahren Sinne des 142 Kriegsartikels gemäß, die auf den Cameraden-Diebstahl, gesetzte Strafe nur haupsächlich in folgenden und ähnlichen Fällen ihre Anwendung finden zu können:

1) wenn ein Soldat den andern, er mag von demselben Regimente, Infanterist oder Cavallerist seyn, auf gemeinschaftlichem Commando, Piquet u. s. w. bestiehlt;
2) wenn ein Soldat dem andern bei gemeinschaftlichen Wachen, es sey Feld-Haupt-oder Thorwachen, etwas entwendet;
3) wenn ein Soldat den andern, mit welchem er ein gemeinschaftliches Quartier hat, bestiehlet; wohin auch, unter obiger Voraussetzung, der Fall zu rechnen seyn würde, wenn der Diebstahl im Lager oder Campement in dem gemeinschaftlichen Zelte verübt wird.

Uebrigens finden bei dem Cameraden-Diebstahl eben dieselben Milderungsursachen Statt, wie bei andern Arten des Diebstahls, wenn die Gesetze nicht ein anderes verordnen. c) Und eben so wenig ist das peinlichrichterliche Ermessen hierbei ausgeschlossen, weil, selbst nach dem angeführten Artikel, die Restitution zur Abwendung der gesetzlichen Strafe gereichen soll.

XXI

c) Dahin gehört z. B. die Entschuldigung der Unwissenheit, welche nicht geachtet werden soll.

XXI Erörterung.

Ein Dienstherr ist nicht immer verbunden, den Schaden zu ersetzen, welcher aus den Vergehungen des Gesindes in Dienstgeschäften erwächst.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten, welche die Frage zu bestimmen gesucht haben: in wie fern der Dienstherr aus den Dienstleistungen des Gesindes, wodurch einem Andern Schaden zugefügt worden, verbindlich sey? weichen sehr von einander ab. Einige a) machen den Dienstherrn, ohne allen Unterschied, auch im Falle er ganz unschuldig ist, für die schädlichen Handlungen seiner Dienstboten in Dienstverrichtungen verantwortlich, und behaupten, daß er für den daraus erwachsenen Schaden zu haften verbunden sey. Andere b) aber halten dafür, daß der Dienstherr nur dann für die unerlaubten und schädlichen Handlungen seines Gesindes einzustehen verpflichtet sey, wenn er entweder erweislichermaßen einem unfähigen, untauglichen Dienstboten ein Geschäft anvertrauet; oder die unerlaubte, schädliche Handlung gesehen und nicht verhindert, oder auch selbige nachher gut geheißen und gebilligt hat. Diese letztere Meinung stimmt unstreitig mit den Gesetzen und der Billigkeit überein. c) Denn wenn der Dienstherr sich selbst keine Nachläßigkeit hat zu Schulden kommen lassen und nicht selbst Mitschuldiger ist;

a) Bechmann de iur. fam. §. 77.

b) Jo. Lorenz Dorn Versuch einer ausführl. Abhandl. des Gesinderechtes, §. 166 ff.

c) Philippi ad dec. Elect. Sax. 79. obs. II. Leyser Spec. 47. m. 9.

ist; so darf er für die schädlichen Vergehungen seines Gesindes nicht zur Verantwortung gezogen und zum Schadensersatz verurtheilt werden. Das Collegium hat auch diese letztere Meinung im Jul. 1795 in Sachen Schwartau, g. Wulfken in p. indemnisationis angenommen.

XXII Erörterung.

Ueber den Grund der Landfolge-Dienste.

Diejenigen Dienste, welche der Landesherr vermöge der Landeshoheit von allen Unterthanen ohne Unterschied fordern kann und die zum Besten des Staats geleistet werden müssen, werden bekanntlich Landfolgen genannt. Die Fälle, wo selbige statt finden, sind sowohl in den Gesetzen und Verträgen, als zuweilen auch in dem Herkommen gegründet. a) Der Grund, worauf einige derselben beruhen, b) bestehet heut zu Tage lediglich in einer gegenseitigen nachbarlichen Beihülfe; denn die Landfolge-Dienste werden eigentlich nur in allen solchen Fällen erfordert, wo das Vermögen und die Kräfte einer einzelnen Commune nicht hinreichen, eine, entweder für das gemeinsame Beste, oder zu ihrer Erhaltung, unumgänglich erforderliche Anstalt, allein zu vollenden und zu verrichten. So können z. B. Kriegerfuh-

a) Runde deutsches Privatrecht, §. 493. Schröters Abhandl. zur Erläuterung des deutschen privat. Kirchen und peinl. Rechts. Th. 2. B. 8,

b) In alten Zeiten bestand der Grund zur Leistung derselben in der allgemeinen Sicherheit und daraus die Verbindlichkeit der Unterthanen, im Nothfalle die Waffen zu ergreifen. Strube und Schröter a. a. O.

fuhren, Schanzarbeiten, die Dienste bei der Hofhaltung und Veränderung des Hoflagers, bei Erbauung oder Wiederherstellung der Vestungen, der Chausseen, c) nicht von einer einzelnen Commune verrichtet werden, weil solches das Vermögen und die Kräfte derselben weit übersteigen würde. *)

Aber außer diesen Fällen kann auch die Landesherrschaft von Ober-Landespolicey wegen Landfolge-Dienste fordern und bewilligen, wenn es nemlich den Unterthanen eines einzelnen Ortes oder Amtes nicht möglich ist, eine entweder für das allgemeine Beste, oder zur Erhaltung einer einzelnen Commune, unumgänglich erforderliche Anstalt und Policeiverfügung allein zu vollenden. Wenn daher z. B. das gemeinsame Beste einen neuen Casernenbau nothwendig macht und die Burgfeste eines einzelnen Amtes reichen dazu nicht hin, so können Landfolgen erfordert werden; d) wenn ferner eine Stadt, Dorf u. s. w. durch Brandschaden ruiniret ist, so können zur Conservation derselben, behuf Anfahrung des Bauholzes u. dergl., die nöthigen Fuhren im

c) Jo. Aug. Reussii comment. de munitione viarum publicarum, vulgo Chausséebau, tam territoriali quam circulari. Tüb. 1782.

*) Nach dem Grundsatze einer wechselseitigen nachbarlichen Beihülfe, ist schon in der Constitution vom 6. März 1723 und neuerlich in dem allgem. Ausschreiben vom 26. März 1796 verordnet: daß, bei epidemischen Krankheiten, in Ansehung der erforderlichen Curkosten, wenn solche von den Patienten oder der Dorfschaft nicht gestanden werden können, alsdenn das ganze Amt oder Gericht; in größern Nothfällen aber die benachbarten Aemter und Gerichte, ja selbst das ganze Land dazu concurriren sollen.

d) Struben a. a. O. Th. 3. B. 143.

Landfolge-Dienst von Ober-Landespolicei wegen erfordert und ausgeschrieben werden.

Dergleichen Dienste, wenn sie zur Erhaltung des gemeinen Bestens erforderlich sind, kann kein Unterthan verweigern; e) denn sie beruhen auf dem Grunde einer gegenseitigen *nachbarlichen Beihülfe*. Von andern Diensten hingegen, zu deren Verrichtung das Vermögen und die Kräfte eines Amtes oder einer Commune hinreichen, und die zuweilen auch unter dem uneigentlichen Namen einer Landfolge vorkommen, z. B. die Arbeiten bei einem Mühlen-Schleusen- oder Grundwerksbau, Reinigung der Wassergraben, Gefangenwachen und dergleichen, können auch einzelne Unterthanen, falls sie es vermögen, eine Befreiung im Wege Rechtens ausführen; denn solche Dienste gehören nicht ad operas territoriales, f) sondern zu den Burgfesten.

XXIII Erörterung.

Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Contracts.

Unter die Einreden, welche den Klaggrund völlig aufheben, gehört bekanntlich die Einrede des nicht erfüllten Contracts (exceptio non adimpleti contractus). a) In den römi-

e) Struben a. a. O. Th. 2. B. 8. §. 3. Schröter a. a. O.

f) Struben rechtl. Bedenken, Th. 3. S. 507. Hellfeld repertor. iur. publ. et privati. v. Burgfesten. Runde Privatrecht, §. 496.

a) Wahl Lips. de natura et indole except. implementi non secuti s. pacti et contractus non impleti. Gott. 1751. Schweder de except. non impleti contractus in *ei.* disp. Tom. I. N. VII. Weismantel de except. non adimpleti contractus. Erford. 1790.

mischen Gesetzen findet man sie dem Namen nach nicht; aber in mehrern Gesetzstellen b) wird dem Contrahenten gestattet, die Erfüllung seines Versprechens so lange zu versagen, bis das Gegenversprechen erfüllt ist. Klüber c) stellt daher die unstreitig wohl begründete allgemeine Regel auf: „so oft beide Contrahenten gleich stark verbunden sind — wie bei allen zweiseitigen Verträgen der Fall ist — den Vertrag zu gleicher Zeit wechselseitig zu erfüllen: so oft kann die Klage desjenigen, der dieser Verbindlichkeit seiner Seits noch nicht nachgekommen ist, durch die Einrede, er habe selbst noch nicht geleistet, was ihm obliege, gehoben werden.“ Man kann diese Einrede zu jeder Zeit, auch nach der Einlassung auf die Klage, selbst noch bei der Execution gebrauchen. Hingegen ist sie ohne Nutzen, wenn verabredet worden, wer den Vertrag zuerst erfüllen soll, oder wenn derselbe ohne die Schuld des einen Contrahenten durch die Dazwischenkunft eines andern, d) oder aber durch Zufall, unerfüllt geblieben ist. Nach den Regeln des Beweises und weil diese Einrede zu den verneinenden e) gehört, muß der Kläger, sobald sie gebraucht wird, beweisen, daß er seiner Seits den Contract sowohl, als die Nebenverabredungen erfüllt habe, oder daß er sich zur wirklichen freiwilligen — also nicht mit bloßen Worten — Erfüllung desselben erboten und bereit erklärt habe. f)

b) L. 13. §. 8. L. 25. D. de A. E. V.

c) Kleine jurist. Bibl. B. VI. S. 92.

d) Einen besondern Fall s. hiervon in Pufendorf Tom. II. obs. 136.

e) Oelze Anleitung z. gerichtl. Praxis, §. 102.

f) Pufendorf l. c. Weissmantel l. c. §. 15.

Von obiger Einrede ist jedoch die des nicht gehörig erfüllten Contracts (exceptio non rite adimpleti contractus) wohl zu unterscheiden und mit jener nicht zu verwechseln. g) Bei dieser Einrede leugnet der Beklagte nicht gänzlich, daß der Contract ab Seiten des Klägers unerfüllt geblieben sey, sondern er sucht sich bloß durch die Einwendung zu schützen, daß derselbe entweder nicht auf die verabredete Weise, oder nicht völlig (plenarie) erfüllt sey. Der Hauptunterschied beider Einreden betrift die Führung des Beweises. Bei der letztern muß allezeit der Beklagte und Excipient beweisen, h) daß der Contract vom Kläger entweder non debito modo, oder non plenarie erfüllt sey; weil er hier ein Factum anführt, das nicht bloß verneinend ist, sondern einen Umstand enthält, wovon, nach den Regeln des Beweises, dem Kläger der Beweis nicht aufgebürdet werden kann.

XXIV Erörterung.

Von der Agnition oder Diffession der zum Beweise beigebrachten Privat-Urkunden.

I.

Wenn eine Privat-Urkunde gerichtlich beweisen soll; so muß außer Zweifel gestellt seyn, daß sie von demjenigen ausge-

g) Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 125.

h) Hellfeld iurispr. forens. §. 143.

gefertiget ist, dem sie beigelegt wird. a) Es ist dieses ein Factum, worauf sich der Producent gründet, und welches daher von ihm erwiesen werden muß. Ohne diesen Beweis könnte Jemand durch falsche Urkunden sehr leicht um das Seinige gebracht werden, zumal, wenn es auf alte Scripturen ankäme, weil es gewöhnlich schwer ist, die Falschheit solcher Briefe darzuthun.

2.

Bei den Römern mußte der Producent, wenn der Urkunde Richtigkeit bezweifelt ward, diese sofort per comparationem litterarum, oder durch Zeugen erweisen. Bei uns aber hat die bloße Verneinung der Richtigkeit diese Wirkung nicht, sondern der Product ist schuldig, selbige mit einem Eide zu bestärken. b)

Diesen Eid nennt man das Juramentum diffessionis, und es wird derselbe de credulitate geleistet, weil es nicht hinreicht, daß man schwöre, die Hand des Ausstellers nicht zu kennen, sondern auch eidlich erhärtet werden muß; es glaube der Diffitent nicht, daß die Unterschrift des angegebenen Ausstellers Handschrift sey. Damit sich auch Niemand mit einer Unwissenheit entschuldigen könne, die er aus dem Wege zu räumen im Stande ist; so wird die Eidesformel billig dahin mitgerichtet, daß der Product mit allem Fleiße nachgesehen habe, ob er die abzuleugnende Handschrift nicht sonst in Briefschaften finden können, und sie solchenfalls

a) Pufendorf Proc. Civ. P. 3. C. 8. §. 23.

b) Leyser Spec. 277. Medit. 5. Pufendorf l. c. §. 33.

falls von ihm mit selbiger wohl verglichen worden sey, demuneracht et aber er nicht glaube, daß das beigebrachte Stück desjenigen Handschrift sey, dem man sie zueignet. c)

3.

Einige Rechtslehrer legen dem Diffessionseide die Kraft eines Transacts bei, und behaupten, daß durch die Abstattung desselben die Beweiskraft einer Urkunde gänzlich aufgehoben werde. d) Andere hingegen schränken dieses blos auf den Fall ein, wenn der Producent die Diffession ausdrücklich verlangt hat. e) Allein der Diffessionseid ist eine species iuramenti legalis, und hat nur vim litis contestationis negativae, mithin entkräftet derselbe eine Urkunde nicht gänzlich, sondern veranlaßt bloß, daß der Producent den Beweis der Richtigkeit übernehmen muß. f) Selbst die ausdrückliche Erforderung der Diffession bewürkt nicht einen nie zu vermuthenden Verzicht auf anderweiten Beweis; denn es wird durch das Verlangen der Diffession von dem Product nur dasjenige gefordert, was derselbe den Rechten nach zu leisten schuldig ist, nämlich ein Juramentum legale. In hiesigen Landen ist daher ausdrücklich verordnet, daß es dem Producenten, selbst nach geschehener Dif-

c) O. A. G. Ordnung P. 2. Tit. 8. §. 5. Brem. H. G. Ordnung P. 2. Tit. 12. §. 3. Pufendorf l. c. §. 35.

d) Richter de Privileg. Credit. C. 1. Nr. 36 seq. Berger Oecon. Jur. Lib. 4. Tit. 24. §. 14.

e) Naevius de Juram. P. 3. C. 8. §. 14.

f) Brunnemann Proc. Civ. Cap. 19. Nr. 36. Mevius P. 3. Decis. 172. P. 6. Decis. 278.

Diffession, frei bleibe, die Richtigkeit der Hand und des Siegels, entweder durch Zeugen, oder per comparationem litterarum zu beweisen. g)

4.

Werden Privatdocumente wider einen Dritten producirt, so ist es nicht hinlänglich, derselben Verfasser und Urheber zu erweisen, sondern der Producent muß auch die Richtigkeit des Inhalts darthun, weil sie nichts anders als ein unbeschwornes Zeugniß eines Menschen sind, worin leicht, zum Nachtheil des Dritten, etwas wider die Wahrheit geschrieben seyn könnte. h) Es sollen zwar, nach einiger Rechtslehrer Meinung, dergleichen Urkunden auch wider einen Dritten beweisend seyn, wenn über Geschäfte gestritten wird, die zwischen Andern verhandelt und eingegangen sind. i) Allein dieser Umstand hebt die Schwierigkeit nicht, daß nämlich ein unbeschwornes Zeugniß nimmer zum Beweise hinreicht, und daß auch die zwischen andern verhandelten Geschäfte leicht zum Nachtheil des Dritten erdichtet werden können. Ein Kaufbrief ist daher zum Beweise des Eigenthums wider einen dritten Besitzer unzulänglich. k)

5.

g) O. A. G. Ordnung P. 2. Tit. 8. §. 7. Calenberg. Canzleiordnung, Tit. 22. §. 5.

h) Wesenbec. P. 1. Cons. 42. No. 40. Cons. 12. No. 44.

i) Leyser Spec. 275. Medit. 4. Struben Th. 1. Bedenk. 51. § 3.

k) Mascard de Probat. Concl. 536. No. 2. Harprecht Resp. 86. No. 67.

5.

Diese Regel findet jedoch in den Fällen eine Ausnahme, wenn besondere Umstände vorkommen, die den Verdacht einer Fiction ausschließen. Zu solchen Umständen ist das hohe Alter einer producirten Urkunde zu rechnen, weil man nicht glauben kann, daß Jemand vor 100 Jahren ein falsches Document verfertigt haben sollte, damit ein Anderer davon in spätern Zeiten einen bösen Gebrauch machen könne. Das bloße Alter beglaubigt jedoch ein Document nicht vollkommen, sondern bewirkt nur einen halben Beweis. l) Erst dann, wenn sich mit dem Alter andere für die Richtigkeit des Documents zeugende Umstände vereinigen, gewinnt dasselbe völlige Beweiskraft, m) und es tritt dieses gewiß ein, sobald mehrere und glaubwürdige und übereinstimmende Urkunden vorhanden, und dieselben von solchen Personen verfertigt sind, die weder Vortheil noch Schaden aus dem streitigen Handel vermuthen konnten. n)

6.

Enthalten die wider einen Dritten producirten Privaturkunden, wegen Ermangelung der erforderlichen Adminiculantien, keinen Beweis, so ist der Product nicht schuldig dieselben zu recognosciren, weil dieses eine ganz überflüssige Handlung seyn würde. o) Eben so wenig darf auch der Pro-

l) Struben Th. 1. Bedenk. 73.

m) Lyncker Vol. 1. Resp. 73. No. 16. 19.

n) Klock Vol. 3. Resp. 182. No. 82. Struben Th. 1. Bedenk. 51. §. 3.

o) Carpzov Process. T. 14. Art. 2. No. 43. 44.

Product zur Agnition genöthigt, oder zur Diffession zugelassen werden, wenn die Richtigkeit der Schrift und die Wahrheit des Inhalts, durch die hinzutretenden Umstände, dergestalt außer Zweifel gesetzt ist, daß die Urkunde die Kraft eines öffentlichen Instruments hat. Bleibt es aber zweifelhaft, ob die vorkommenden Adminiculantien hinreichend sind, um zu erweisen, daß das alte Document von demjenigen herrührt, dem es zugeschrieben wird, so hat der Producent allerdings gegründete Ursache, die Recognition oder Diffession zu verlangen, um sich des ihm sonst vielleicht obliegenden Beweises zu entledigen; und der Product kann sich so wenig weigern, die behauptete Unrichtigkeit eines Instrumenti inter tertios confecti, als das Ableugnen der angeblichen Handschriften seiner Vorfahren, eidlich zu bestärken. In beiden Fällen ist eine völlige Urkunde des Producten möglich, es muß aber dieselbe, um allem Betruge vorzubeugen, durch den Eid erhärtet werden.

XXV Erörterung.

Ueber die Verpflichtung des Dienstherrn, in Rücksicht des Lohns und der Kost, gegen den unzeitig entlassenen Dienstboten.

Es leidet keinen Zweifel, daß ein Dienstherr, der seinen Dienstboten, ohne hinlängliche, den Contract aufhebende, Ursachen, vor Ablauf der verabredeten, oder durch die Gesetze bestimmten, Zeit aus dem Dienste läßt, verbunden ist, den hier-

hierdurch dem Verabschiedeten erwachsenden Schaden abzuwenden, und mithin den vollen Lohn nebst dem etwa contractsmäßig gebührenden Kostgelde bis dahin zu zahlen, daß die Miethszeit der Ordnung nach beendigt gewesen seyn würde.

Der dem Dienstboten, wegen unzeitiger Verabschiedung, zustehende Anspruch setzt jedoch, so wie jede andere Interessenklage, immer einen wirklich erlittenen Schaden zum voraus, und wo dieser unerfindlich ist, fällt auch das Klagerecht weg. Die Regel: Mercedem integram deberi, quoties per conductorem operarum stetit, quo minus praestentur, a) leidet in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Dienstbote selbst dadurch allen Nachtheil von sich abwendet, daß er sich sofort wieder zu einem andern Herrn in Dienst begiebt, und von diesem den Lohn erhält, der ihm durch die unzeitige Dienst-entlassung entzogen ward. b)

In der hiesigen, das Verhalten der Herrschaften und Dienstboten gegeneinander betreffenden Verordnung vom 17/28 März 1732, ist zwar im § 22 ohne alle Einschränkung festgesetzt:

„Würde aber ein Herr sein Gesinde vor gänzlichem Ablauf der Dienstzeit, ohne erhebliche Ursache, abschaffen; so

a) L. 19. §. 1. L. 38. pr. Dig. Loc. Cond. Hellfeld Jurispr. for. §. 1054.

b) L. 55. §. ult. Dig. Loc. Cond. L. 4. Dig. de Assessor. Carpzov P. 2. Decis. 136. Nro. 26. Coccejus Jur. Controv. Tit. Loc. Cond. qu. 26.

so soll er schuldig seyn, selbigem den vollen Lohn wegen der rückständigen Zeit zu geben.“ c)

Es muß aber dieses Gesetz der natürlichen Billigkeit und den allgemein angenommenen Rechten gemäß erklärt werden; d) und da kein Grund abzusehen ist, der den Gesetzgeber bewogen haben könnte, von der vorangeführten Entscheidung des natürlichen und bürgerlichen Rechts stillschweigend eine Ausnahme machen zu wollen, so kann die erwähnte Stelle der Dienstboten-ordnung bloß von dem Falle verstanden werden, wenn nämlich der Dienstbote durch die unzeitige, und ohne hinlängliche Ursachen geschehene, Dienstentlassung wirklich Schaden leidet.

XXVI Erörterung.

Die eidliche Bestärkung des corporis delicti bei einem Diebstahle braucht nicht in Gegenwart des Inquisiten zu geschehen.

Zum Cap. IV. §. 19. der Criminal-instruction.

Es gehört bekanntlich zur Festsetzung der Wirklichkeit eines begangenen Diebstahls, daß der Bestohlne eidlich erhärtet, ob und welche Sachen ihm entwendet sind? Nach ausdrücklicher

c) Churbraunschw. Lüneb. Landesordn. Calenb. Theils, Cap. 4. Th. 3. Nr. 67. S. 220. Zellischen Theils. Cap. 4. Nr. 275. S. 984.

d) Wernher P. 4. Observ. 1. Nro. 19.

licher Vorschrift unserer Criminal-instruction, in der angezogenen Stelle, findet aber nur dann die eidliche Bestärkung des Diebstahls statt, wenn es am hinreichenden Beweise desselben ermangelt; wenn hingegen hinreichender Beweis hierüber vorhanden ist, z. E. der Inquisit gestehet den Diebstahl mit allen Umständen, so bedarf es keiner eidlichen Bestärkung desselben. Es läuft daher gegen die klare gesetzliche Vorschrift, wenn ein Criminalgericht ohne Unterschied, und also auch im letzten Falle, die eidliche Bekräftigung des Bestohlnen verlangt.

Die eidliche Bestärkung muß in der Regel gleich im Anfange des Untersuchungsprocesses geschehen, zumal wenn ein gegründeter Verdacht eintreten sollte, daß der Diebstahl bloß vorgegeben wird. Inzwischen ist solches nicht unumgänglich nöthig, a) sondern sie kann zu jeder Zeit geschehen, und es genüget, wenn die eidliche Bestärkung nur vorher geschiehet, ehe die Acten zum Erkenntniß eingeschickt werden.

Daß indeß diese eidliche Bekräftigung in Gegenwart des Inquisiten geschehen muß, ist nicht erforderlich. Die Criminal-instruction schreibt solches nicht vor und oft ist es auch ganz unthunlich, wenn nämlich bei der General-inquisition, wie häufig geschiehet, der Thäter noch völlig unbekannt ist. Der peinliche Richter handelt auch hierbei ex officio, und es ist allezeit zu vermuthen, daß derselbe bei Abnahme des Eides nach den Vorschriften der Gesetze ver-

a) Meister in den rechtl. Erkenntnissen peinl. Fälle, Th. 1. Dec. 40. N. 14.

verfahren haben werde. Der Inquisit kann selbst die eidliche Bestärkung durch seinen Widerspruch nicht verhindern, und eben deshalb ist seine Gegenwart bei der wirklichen Eidesleistung nicht durchaus erforderlich. Auch in Civilsachen macht die unterbliebene citatio ad videndum iurare die geschehene Abstattung des Eides nicht allezeit nichtig. b)

Die eidliche Schätzung der gestohlnen Sachen durch den Bestohlnen, wenn selbige nicht wieder herbeigeschaft werden können, oder durch beeidigte Aestimatoren, in sofern sie wiederum aufgefunden werden, pflegt zwar gewöhnlich in Gegenwart des Inquisiten, oder dessen bestellten Vertheidigers zu geschehen; c) allein durchaus nothwendig ist die Anwesenheit des einen oder des andern, aus obigen Ursachen, bei dieser Handlung nicht.

XXVII Erörterung.

Brautkinder sind für rechtmäßig und erbfähig zu halten.

Welche Kinder für Brautkinder, a) und ob solche für rechtmäßig und erbfähig in den Gütern ihres Vaters zu halten? sind

b) Struben rechtl. Bedenken, Th. 4. S. 266.

c) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts (edit. 2.) §. 354.

a) Böhmer princ. iur. canon. §. 352. Schotts Einleitung in das Eherecht, Nürnb. 1786. §. 150.

sind Fragen, über welche bedeutende gelehrte Juristen b) für und wider geurtheilt und entschieden haben.

Die Streitfragen selbst sind aber zu bekannt, als daß es nöthig wäre, die wechselseitigen Gründe und Gegengründe hier anzuführen und gegen einander abzuwägen. Es ist daher hinreichend, bloß den Fall selbst und die Entscheidung des Collegii bemerklich zu machen; weil letztere ein Präjudicium für künftige Fälle enthält.

Des Rathmannes zu Schnakenburg Jac. Fried. Köhn zweite Tochter ward im December 1788 von dem Elbzollschreiber Pet. Heinr. Meyer daselbst geschwängert und sie gab vor, durch Versprechung der Ehe zum Beischlaf verleitet zu seyn. Im Monat Junius 1789 vollzog dieselbe mit gedachtem Meyer unter Einwilligung ihrer Eltern, die von der Schwangerschaft nicht unterrichtet waren, öffentlich Verlöbniß, und der Bräutigam bewürkte kurz darauf vom K. Consistorium eine Dispensation vom öffentlichen Aufgebot. Am Ende des besagten Monats reisete er darauf mit seiner Braut und deren älteren Schwester nach Lüneburg zu seiner, an den dortigen Bürger Rüterbusch verheiratheten, Schwester um sich daselbst trauen zu lassen.

Gleich nach der Ankunft verfiel er aber in eine hitzige mit einer Verstandlosigkeit verbundene Krankheit, daran er auch

b) Außer den bekannten Schriftstellern sind hier nur noch anzuführen: Kind. quaestiones forenses, Lips. 1792. p. 26. Des verst. Bürgerm. Pape zu Braunschweig Abhandl. über der Brautkinder Successionsfähigkeit in den Gütern ihrer Väter, in dem von Günther und Hagemann herausgegeb. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgel. Th. 4. Nro. 7.

auch am 12ten Julius d. J. verstarb. Durch diesen unverhoften Todesfall wurde also die priesterliche Trauung verhindert.

Das per anticipatum concubitum erzeugte Kind wurde etwa zwei Monat nach des Zollschreibers Meyers Tode geboren, und alle Umstände setzten es völlig außer allen Zweifel, daß derselbe wirklich Vater des Kindes war.

Namens des Kindes nahm darauf der Großvater desselben, mütterlicher Seits, den Nachlaß des Verstorbenen in Anspruch; weil ein natus ex sponsa pro legitimo zu achten, mithin in den Gütern des Vaters zu erben fähig sey. Der Schwager des Verstorbenen aber verlangte Namens seiner Ehefrau, dessen einzigen Schwester, da keine legitime Kinder vorhanden wären und einem nato ex sponsa die Rechte der legitimen Geburt und Erbfähigkeit nicht beigelegt und zugestanden werden könnten, den Nachlaß desselben.

Es kam also zu einem Rechtsstreite, welchen das Amt Schnackenburg am 20sten Febr. 1790 zum Vortheil des Brautkindes entschied. Der Schwager des Verstorbenen, der Bürger Rüterbusch zu Lüneburg, hielt sich dadurch beschweret und K. Justizcanzlei bestätigte darauf, nach erkannten Appellationsprocessen, im appellatorio das Erkenntniß des Richters erster Instanz, in S. Rüterbusch c. Köhn, in p. der Verlassenschaft weil. Zollschreibers Meyer, unter Anführung der darin enthaltenen Entscheidungsgründe, auf folgende Weise:

„Nachdem die in den hiesigen Landesordnungen zur feierlichen Erklärung des beiderseitigen Eheconsenses vorge-

schriebene priesterliche Trauung nicht durch Schuld der, öffentlich, mit Bewilligung der Eltern Verlobten unterblieben ist; vielmehr dieselben, durch die Anzeige ihrer Absicht, unverzüglich zu solcher Feierlichkeit schreiten zu wollen, bei K. Consistorio durch Auswürkung der Dispensation von dem öffentlichen Aufgebot, auch Behuf wirklicher Hochzeitsfeier nach Lüneburg angetretene Reise, so viel in ihrer Macht gestanden, die Vorschrift der Landesordnungen also befolgt haben, daß der Zweck der, nicht zu dem wesentlichen der Ehe, sondern nur zu deren schicklichen Kundmachung erforderlichen priesterlichen Trauung, genugsam dadurch erreichet worden;"

„Solchemnach es dem aus anticipirtem Beischlaf erzeugten Kinde nicht zum Nachtheile gereichen kann, daß der Vater, da er plötzlich durch eine ihm des Verstandes beraubende tödtliche Krankheit hingerissen, an solcher Feierlichkeit verhindert ist;"

„Daß daher des Beklagten und Appellaten Tochterkind, welches ohne diesen widrigen Zufall nach der priesterlichen Trauung gebohren seyn würde, für ehelich gebohren und des verstorbenen Vaters einzigen Erben zu erklären, Kläger und Appellant mit seinen uxorio nomine an den Nachlaß gemachten Ansprüchen abzuweisen, auch, was er davon unter sich hat, nach Abzug der erweislich für den Verstorbenen verwandten Kosten, herauszugeben schuldig sey, compensatis expensis."

XXVIII

XXVIII Erörterung.

Catalogus

derer Personen, welche in prima instantia in Personalsachen unter den höhern Zelleschen Landes-Gerichten stehen.

Aebte, a) Abbatissinnen. Zell. Hofger. Ordn. Th. II. Tit. I. §. I.

Adel. Der einländische Adel und die von der Ritterschaft. Hofger. Ordn. a. a. O. Ob aber auch fremde vom Adel, die auf beständig, oder auf längere Zeit im Lande ihren Wohnsitz genommen haben? Nach dem Gerichtsgebrauche stehen auch die letztern unter den höhern Gerichten. Aber von bloßen durchreisenden Edelleuten, oder die sich nur wenige Wochen und Tage in der Stadt oder auf dem Lande aufhalten und bei keinen canzleisäßigen Personen wohnen, läßt sich ein solcher Gerichtsgebrauch nicht behaupten.

Amtleute, sie mögen ihren Dienst noch wirklich verrichten, oder mit oder ohne Pension abgegangen seyn. Hofger. Ordn. a. a. O.

a) Nur der Abt von St. Michaelis in Lüneburg behauptet, in causis ecclesiasticis weder unter den höhern Civilgerichten noch unter dem Consistorio, sondern allein, vi iuris patronatus eminentioris, unter K. Landesregierung zu stehen. Acta Canc. Ge. Dav. Ribock c. den Landschaftsdirector von Bülow als Abt zu St. Michael pro eines Kirchenstuhls v. J. 1797.

Amtsvögte. Alle diejenigen Bedienten, welche ehemals ihr forum in personalibus vor dem jedesmaligen Großvoigte gehabt haben, stehen jetzt unter den höhern Gerichten. Intimation an die Unterthanen der Amtsvoigteien vom 14. Apr. 1772. b)

Baubediente, welche bei dem herrschaftlichen Landbauamte angesetzt sind.

Beamte, s. Amtleute.

Bediente, alle wirkliche vom Landesherrn oder Namens desselben zu Aemtern und Dienstverrichtungen bestellte und angesetzte herrschaftliche Bediente, wenn sie keinen besondern Gerichtsstand haben oder unter eremter Jurisdiction, z. E. dem Hofmarschalamte u. s. w. stehen.

Begüterte, s. Ritterschaft.

Bürgermeister und Räthe in den Städten. Hofger. Ordn. a. a. O. Dieses ist aber nur von solchen Magistrats-Collegien zu verstehen, welche wirklich canzleisäßig sind, oder die Canzleisäßigkeit hergebracht haben, z. B. Lüneburg, Uelzen, Zelle, Haarburg, Dannenberg, Hitzacker, u. s. w. Amtssäßige Magistrate, z. B. Fallersleben, Gifhorn, Rethem, Wittingen, Wustrow u. s. w. stehen in prima instantia unter den Aemtern. Die Magistratsmitglieder selbst sind aber dem Magistratscollegio in Personalsachen unterworfen, wenn dasselbe canzleisäßig und mit hinlänglichen Mitgliedern besetzt ist. c)

Ca-

b) In den Hannöv. Anz. v. J. 1772. St. 33. u. in Wagners Samml. Th. 2. S. 50.

c) Vergl. Verordn. v. 11. Aug. 1733. in *corp. Const. Luneb.* c. II, p. 683.

Canonici, Chanoineſſinnen.

Commiſſariatbediente und was ſolchen anhängig iſt, als: Bau-Zeughaus- und Proviant-Commiſſaire und Verwalter. Militair-Juſtiz-Reglement cap. II. §. 4.

Commiſſarii, als: Land-Licent-Berghandlungszahl-commiſſarien u. ſ. f.

Doctoren der Rechte und der Medicin, wenn ſie ein mit dem befreieten Gerichtsſtande verbundenes Amt beklei-den. Bloße Doctoren ſtehen der Obſervanz nach unter der gewöhnlichen Ortsobrigkeit. d)

Einnehmer, als: Accise-Bierſteuer-Contributions-Licent- und Schatzeinnehmer. Die Contributionsein-nehmer ſtehen ſo viel deren Officium und deſſen Verwal-tung betrift, unter der K. Kriegscanzlei, in perſonalibus aber ſind ſie den höhern Gerichten, als herrſchaftliche Be-diente, unmittelbar unterworfen. Landesherrl. Reſcript v. 22. Jan. 1726. Die Gerichtsbarkeit über die Licent- und Steuerbedienten, vorzüglich in kleinen Städten, Flecken und Dörfern, in actionibus perſonalibus, iſt ehedem ſtreitig geweſen und nicht ſelten ſind wegen Ausübung der Gerichtsbarkeit über dergleichen Perſonen zwiſchen den hö-hern Juſtizcollegiis und den K. Aemtern oder Magiſtraten Colliſionen entſtanden. e) In der erneuerten Lüneburg. Li-

d) Acta Canc. der Doctor Medic. et Chirurg. Rowen c. das Amt der Chirurgor. in Zelle pto chirurgiſcher Praxis v. J. 1788.

e) Acta Canc. des Licent-einnehmers Franz Otto Müllers zu Rethem Concurs. creditor. betr. v. J. 1780.

Licent- und Consumtions-Ordn. de Nov. 1782 ist aber diese Ungewißheit des fori gehoben und cap. VIII. §. 108. derselben verordnet worden: daß die Licent-einnehmer, in caussis personalibus, die mit ihrem Dienste in keinerlei Verbindung sind, in erster Instanz unter den höhern Justizcollegiis stehen; die übrigen ihnen nachgesetzte Bediente aber sollen in diesen Sachen der ordentlichen Ortsobrigkeit in prima instantia unterworfen seyn.

Forstbediente. Die herrschaftlichen, sowol reitenden als gehenden, Förster stehen aber in caussis privatis in erster Instanz unter dem Amte, wozu das ihnen anvertrauete Forstrevier gehört. Reitende Förster, wenn solcher ein Literatus ist, sind dem Gerichtszwange der höhern Justizcollegior. unmittelbar unterworfen. Declaration wegen des fori der herrschaftl. Förster v. 12. Jan. 1773. f)

Die Forstbedienten derer vom Adel hingegen geniessen den befreieten Gerichtsstand ihrer Dienstherrschaft.

Gerichtshalter derer vom Adel.

Gesinde. Das Gesinde und die Dienstboten haben eigentlich keinen Antheil an dem foro privilegiato der Herrschaft. g) Dem Herkommen gemäß genießt es indessen den befreieten Gerichtsstand der Dienstherrschaft. Derselbe ist aber auf die Frauen und Kinder eines Domestiken, wenn solche nicht zugleich mit im Lohne und Brodte der Dienstherr-

f) In den Hannöv. Anz. v. J. 1773. St. 8. und in Wagners Samml. Th. 2. S. 52.

g) Dorns Versuch des Gesinderechts. §. 208.

herrschaft stehen, und außerhalb der Wohnung der Herrschaft in andern Häusern wohnen, keineswegs auszudehnen. S. Porteurs.

Großvoigteiliche Bedienten. S. Amtsvoigt.

Gutsleute derer vom Adel, welche auf exemtem, canzleisäßigen Grund und Boden wohnen. Wenn sie aber nicht auf exemtem, sondern bloß adlich freien Grund und Boden domiciliiren, so haben sie ihr forum unter der gewöhnlichen Ortsobrigkeit. h)

Häuslinge derer vom Adel, welche innerhalb des Hofbezirks der adlichen Güter, oder auf unstreitig exemten adlich freien Höfen wohnen, stehen in der Regel in caussis civilibus et personalibus unter den höhern Gerichten und nicht unter der Gerichtsbarkeit der Aemter, wenn letztere durch Verträge oder Verjährung nicht ein anderes zu Recht erwirkt haben. i)

Häuser und Höfe in den Städten und auf dem Lande, welche canzleisäßig sind, und deren Bewohner. Erstere pflegen Freihäuser genannt zu werden.

Inspectoren. Licent-inspectoren, Wege-inspectoren, Legge-inspectoren. Die Chaussee-Inspectoren stehen in er-

h) Acta Canc. von Bülow c. Känne pto verweigerter Dienste v. J. 1797.

i) Diese Grundsätze sind in dem, vom Königl. Tribunal am 8. April 1797 eröffneten, Erkenntnisse in S. des Campenschen Curat. Hofger. Secret. Claren c. den Anwald der Amtsvoigtei Eicklingen pto Gerichtsbarkeit, enthalten.

erster Instanz unter den höhern Gerichten; die übrigen nachgesetzten Chaussee-Bedienten aber in allen zum Dienst gehörigen Sachen unter der Wegbau-Intendance und in allen sonstigen Dingen unter dem Amte oder Gerichte, woselbst sie sich aufhalten. Wegeordnung des Fürstenth. Lüneburg vom 4ten August 1797. §. 14. Die Legge-Inspectoren sollen in caussis personalibus, die auf ihren Dienst keine Beziehung haben, unmittelbar unter der höhern Landes-Collegiorum Gerichtszwange stehen; alle übrige bei den Linnen-Leggen angesetzte Bediente aber sind den Untergerichten in erster Instanz unterworfen. Declaration wegen des Gerichtsstandes der Legge-Bedienten, vom 29sten October 1792.

Jagd- und Stallbedienten, welche zu der ehemaligen Zellischen Hofhaltung gehörten, standen ehedem unter der Großvoigtei. Regierungsrescripte vom 2ten und 31sten Dec. 1728.*) Nach deren Aufhebung aber sind sie den höhern Gerichten unterworfen worden. S. Amtsvoigte.

Kinder der herrschaftlichen Bedienten, welche einen befreieten Gerichtsstand gehabt haben, behalten das forum ihres Vaters so lange, als sie ihren bisherigen Zustand nicht verändern. k) Der befreiete Gerichtsstand geringer K. Bedienten hört aber mit dem Tode des Vaters auf. l)

Kin-

*) PUFENDORF proc. civ. Br. Luneb. Part. I. Cap. X. §. 4. Nota a.

k) a PUFENDORF Tom. II. obs. 93.

l) a PUFENDORF in animadv. n. XVI. arg. des edicti vom 1. Mai 1770. §. 9. in Strubens R. B. Th. 4. B. 68. S. 168.

Kinder verstorbener Oberofficiers und Commissariat-Bedienten, so lange sie sich bei der Mutter aufhalten. Militär-Justiz-Reglem. Cap. II. §. 4.

Landschaft.

Militärpersonen. Personalklagen gegen Militärpersonen, die mit unbeweglichen Gütern angesessen sind, wenn die Klage mehr als 50 Rthlr. zum Gegenstande hat, soll K. Kriegsgerichts-Commission, wenn sie bei ihr angebracht werden, schlechterdings und ohne alle Ausnahme an diejenigen Civilgerichte, unter deren Jurisdiction des Beklagten Güter liegen, verweisen. Militär Justiz-Reglem. Cap. II. §. 6. und K. Rescript vom 4ten Jul. 1788. m)

Ober-officiers, welche

1) mit oder ohne Beibehaltung ihrer Pension abgegangen, oder in Civildienste getreten sind, behalten ihr vorheriges forum militare in caussis personalibus et criminalibus, wenn bei ihrem Eintritt in Civildienste etwas anders nicht festgesetzt ist, fernerweit bei; n) und ebenfalls

2) wenn sie eine herrschaftliche oder adliche Pachtung übernommen haben, o) behalten sie in caussis personalibus et criminalibus ihr Militär-forum.

Ober-

m) Pract. Erörterungen B. 1. N. XXXII.

n) Practische Erörterungen B. 1. N. XXXI.

o) Acta Canc. v. dem Knesebeck c. den Pensionär Rittmeister Movius pto diversor. v. J. 1795.

Oberhauptleute, Oberhauptmann. Hofgerichts-Ordn. a. a. O.

Pächter

1) der herrschaftlichen Vorwerke, wenn sie nicht characterisirt sind, haben keinen befreieten Gerichtsstand, sondern stehen unter den Aemtern; p)

2) der adlichen q) schriftsässigen Güter, Vorwerke, Krüge und Mühlen aber, dem Gerichtsgebrauche gemäß, unter den höhern Gerichten;

3) wenn indeß die Höfe, Vorwerke, Krüge, Mühlen u. s. w. derer vom Adel nicht exemt oder schriftsässig sind, oder die Mühlen und Krüge derselben, außerhalb den Grenzen des adlichen Hofbezirkes, mithin nicht auf schriftsässigem, exemten Grund und Boden liegen; so stehen die Pächter derselben, nach dem Gerichtsgebrauche, in personalibus unter den Aemtern, wenn das Gut mit keinen Patrimonialgerichten versehen ist. r)

Porteurs, welche bei ihren Herren nicht im Hause wohnen und nur für ein gewisses Wochenlohn dienen, sind nicht als ihrer Herren wirkliche Bedienten und Domestiken zu

p) Strubens rechtl. Bedenk. Th. V. B. 74. Man vergl. Neueste Mannigfaltigkeiten meistens jurist. Inhalts, Nördl. 1776 N. 5. St. 125.

q) M. vergl. hierbei überhaupt Kindii quaest. forens. Tom. II. c. 20.

r) Acta Canc. Wense c. Amtsvoigtei Bendenbostel in pto iurisdictionis. Deecke c. den Schraderschen Mühlenpächter Cordes zum Sunder pto debiti v. J. 1797. Herbst c. den Hohnhorstschen Mühlenpächter Schütz pto Handwerkszeuges v. J. 1797.

zu achten; können sich mithin deren fori privilegiati nicht bedienen. s)

Postbedienten. Die Gerichtsbarkeit über die Postbedienten ist im Artic. XVII. der Post-ordnung v. J. 1755 nicht genau bestimmt. Allein durch eine Declaration wegen des fori resp. privilegiati et non privilegiati derselben vom 13ten Oct. 1771, t) ist der Sinn des gedachten Artic. dahin erklärt: daß die Oberpostmeister, Postmeister, samt den ihnen nachgesetzten Comtoir-Officianten, nicht weniger die Postverwalter in den Städten, außer ihren Dienstsachen, in personalibus canzleisässig; die Posthalter auf dem platten Lande und in den kleinen amtssässigen Städten aber, wenn sie gleich den Postverwalters Titel erhalten, dennoch der Amtsjurisdiction auch in personalibus unterworfen seyn sollen.

Prälaten. Hofger. Ordn. a. a. O.

Räthe, wirkliche d. s. solche, welche beeidigt, eingeführt sind, und ihre Amtsfunctionen verrichten, oder verrichtet haben. Hofger. Ordn. a. a. O. Sie mögen übrigens ordentliche, nämlich solche, welche Besoldung genießen, oder außerordentliche; sie mögen noch in Activität, oder mit Pension oder ohne solche abgegangen seyn.

s) Wagners Samml. Th.2 S. 26.

t) In den Hannöv. Anz. v. J. 1771. St. 89. und in Wagners Samml. Th. 2. S. 49.

Titular-räthe hingegen, nämlich solche, die weder beeidigt sind, noch Sitz, Stimme und Functionen in einem Collegio zu verrichten, sondern bloß den Rang und das Prädicat eines Rathes erhalten haben, stehen unter der ordentlichen Obrigkeit, wenn ihnen der befreiete Gerichtsstand nicht besonders beigelegt ist. u)

Ritterschaft, welche immatriculirte, landtagsfähige Güter besitzen. Hofger Ordn. a. a. O. Vermöge des im Fürstenth. Lüneburg geltenden Landsassiats können die Begüterten, wenn sie gleich nicht im Lande ordentlicherweise ihren Wohnsitz haben, auch in Personalsachen vor den hiesigen höhern Gerichten belanget werden. v)

Wittwen

1) herrschaftlicher Civilbedienten, behalten den befreieten Gerichtsstand ihres verst. Ehemannes so lange, bis sie ihren Zustand verändern. w) Die Wittwen geringerer K. Bedienten aber können den befreieten Gerichtsstand ihres verst. Ehemannes nicht behaupten. x)
2) verstorbener Ober-officiers und Commissariat-Bedienten. Militair-Justiz-Reglem. Cap. II. §. 4.

Zuckersiederei in Haarburg und aller darin arbeitenden Personen, stehen in prima instantia unter der Justizcanzlei. Landesherrl. Rescript vom 8ten Aug. 1736.

XXIX

u) a Pufendorf in animadv. Nro. XV.

v) Struben rechtl. Bedenken Th. 2. B. 25. Pufendorf in proc. Br. Luneb. P. I. Cap. 10. §. 31.

w) a Pufendorf Tom. III. obs. 83.

x) a Pufendorf in animadv. Nr. XVI. und arg. edicti vom 1. März 1770. beim Struben a. a. O.

XXIX Erörterung.

Von der Einsicht der Criminal-acten.

Die Frage: ob die Original-Criminal-acten besonders bei vorläufigen Vertheidigungen, z. B. pro avertendo carcere inquisitione speciali, dem Inquisiten oder dessen Vertheidiger zur Einsicht vorzulegen sind? ist unter den Criminalisten sehr streitig. a) Unsere Criminal-instruction v. J. 1736 Cap. IV. §. 26. entscheidet aber diese Frage völlig: „Nachdem die Erfahrung vielfältig bezeuget, daß die Inquisiten hierbei nichts anders suchen, als nur von denen wider sie vorhandenen indiciis Nachricht zu erhalten, so sollen dem Beschuldigten, damit er sich nicht auf Unwahrheiten und allerlei Ränke, seine Thaten zu verbergen, gefaßt machen könne, die bei der General-inquisition geführten protocolla und Acten in vorberührten Fällen zur Einsicht nicht vorgelegt, noch mitgetheilt werden." *) Nach dem Gerichtsgebrauche werden überhaupt in der Regel dem Inquisiten oder dessen Vertheidiger, während der Untersuchung, weder einzelne Criminal-actenstücke mitgetheilt, noch die Einsicht derselben gestattet. Wenn aber die Untersuchung beendigt und von solchen Verbrechen die Rede ist, welche entweder eine Todesstrafe, Landesverweisung oder Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten auf zeitlebens oder einige Jahre, nach sich ziehen können und müs-

a) M. s. Koch institut. iur. crim. (edit. IV.) §. 720. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts §. 657.

*) Pufendorf in proc. crim. cap. 13. §. 11.

müssen; alsdann kann der Inquisit entweder einen Vertheidiger wählen, [b] oder es wird dazu Jemand ex officio bestellet. [c] In beiden Fällen muß der Defensor ein recipirter Advocat seyn, der seine Belohnung, wenn der Inquisit nichts in Vermögen hat, nach vorgängiger Ermäßigung K. Justizcanzlei, aus K. Renntcammer oder den Registern des judicii inquirentis erhält.

Nicht nur in zweifelhaften Fällen und wenn der Inquisit der That noch nicht überführet ist, muß derselbe, falls er es verlangt, zur Defension gelassen werden, sondern auch in offenbaren und von ihm zugestandenen Verbrechen, welche poenam corporis adflictivam nach sich ziehen, ist er dazu zu lassen; weil im letztern Falle die Defension zur Strafmilderung gereichen kann. Ist das Verbrechen aber von der Art, daß die Todesstrafe darauf stehet, alsdann hängt der Defensionspunct nicht von der Wahl des Inquisiten, sondern von der Ermäßigung der Justizcanzlei ab, welche bei schweren Verbrechen allezeit eine Vertheidigung ex officio anordnet. [d]

In

b) Zu solchem Ende wird der Inquisit jedesmal befragt, ob er eine Defension führen wolle? Criminalinstruct. Cap. 11. §. 2.

c) Nach dem Gerichtsgebrauch K. Justizcanzlei wird nur dann ex officio ein Vertheidiger bestellt, wenn der Inquisit eine mehr als **zweijährige** Karren- oder Zuchthausstrafe verdient haben sollte; weil die Defensionen zum Theil überflüßig sind und der Richter ohnehin verpflichtet ist, auf dasjenige sorgfältig Rücksicht zu nehmen, was zur Vertheidigung des Inquisiten gereicht.

d) **Criminal-instr.** Cap. 9. §. 2 u. 3.

In solchen Fällen wird dem bestellten defensori die Einsicht der Acten, jedoch in Beiseyn des Actuarii in der Gerichtsstube, verstattet; auch auf dessen Verlangen, was er ex actis bedarf, ihm in copia mitgetheilt. e)

Zur Ausführung der Unschuld ist der Inquisit, nach vollendeter Inquisition, jederzeit zur Einsicht d. A. zuzulassen und auch alsdann, wenn schon ein Erkenntniß in der Sache vorhanden seyn sollte. f) Die Pflicht und Gerechtigkeit des Richters erfordern es, dem Inquisiten die Vertheidigung und Ausführung seiner Unschuld zu erleichtern und es müssen daher auch in diesem Falle die Original acten zur Einsicht vorgelegt werden, wenn gleich der Defensor den geführten Inquisitionsproceß ex nullitatibus oder wegen unrechtmäßigen Verfahrens, anfechten wollte. g)

Wenn aber nach vollendeter Untersuchung ein Urthel erfolgt und an dem Inquisiten, ohne daß derselbe eine anderweite Vertheidigung gesucht hat, wirklich vollstreckt ist, z. B. er hat die Zuchthaus = Karren = oder Gefängnißstrafe bereits ausgestanden und derselbe sucht erst hernach um Einsicht der Acten nach; so entstehet die Frage: ob ihm solche zu verwilligen sey?

Da der Richter vermöge seines Amts die Ausführung der Unschuld des Inquisiten zu befördern verbunden ist, so dürf=

e) Criminal=instr. Cap. 9. §. 4.

f) de Böhmer ad art. 47. C. C. §. 6. u. art. 73. C. C. §. 3. Pufendorf l. c. cap. 17. §. 20. Koch l. c. §. 766. Meisters Abhandl. des peinl. Processes erster Abschn. Cap. 8. §. 60.

g) Criminal=instr. Cap. 9. §. 6. Meister a. a. O. §. 61.

dürfte diese Frage unbedingt eingeräumt werden müssen. Allein es scheint doch, daß in diesem Falle folgender Unterschied zu machen sey. h) Der Inquisit führt entweder, wenn er um die Inspection der Acten nachsuchet, an, daß er seine Unschuld zeigen wolle und schließt seine Vertheidigungsgründe sofort vorläufig bei; oder solches geschiehet nicht, sondern man siehet aus dem ganzen Zusammenhange der Sache, daß er bloß das gerichtliche Verfahren anzufechten, oder Kenntniß von dem Denuncianten zu erlangen sucht, um solchen mit einem Injurien-Proceß oder auf andere Weise zu verfolgen. Im erstern Falle wird kein billiger Richter die Einsicht der Acten abschlagen, und wenn es demungeachtet geschehen sollte, so kann sich der Inquisit mit einer Beschwerde an den Oberrichter wenden; i) weil der Defensor die Gründe der Vertheidigung gemeiniglich erst aus den Acten erkennen muß. Im letztern Falle aber kann und muß der Richter, wenn er diese Absicht des Inquisiten deutlich merkt und einsiehet, daß der Nachtheil bloß in der Einbildung beruhet und von gar keiner Beträchtlichkeit ist, k) die Einsicht der Acten nicht verstatten. K. Justizcanzlei schlug daher auch das Gesuch des Inquisiten Rinne am 24sten Jun. 1791 ab, weil derselbe gar keine Vertheidigungsgründe anführte, vielmehr blos anzeigte, er könne sich, seiner Ehre wegen, bei dem bereits an ihm vollstreckten Er-

h) Wo vorläufige Vertheidigungen erlaubt und dabei die Einsicht der Acten gestattet sind, da findet dieser Unterschied freilich keine Anwendung. Meister a. a. O. §. 50. Quistorp a. a. O. §. 657.

i) Heils iudex et defensor. c. 5. §. 52. S. 267.

k) Meister a. a. O. §. 41.

Erkenntnisse nicht beruhigen; ob er gleich sowohl durch sein eigenes Geständniß, als durch die in den Acten liegenden Umstände des Diebstahls genugsam überführet war.

Als Rinne hiervon an das höchste Tribunal appellirte, ward die Appellation, am 6ten Julius 1791 durch folgenden Bescheid rechtskräftig verworfen:

„Daß, wenn gleich die Einsicht der Acten in peinlichen Untersuchungssachen, nach bereits erkannter und vollzogener Strafe, dem, so daran gelegen, nicht schlechterdings zu versagen ist, nachdem jedoch der Zweck, wozu Implorant solche bei dem Judicio a quo erbeten, sich nämlich als ganz schuldlos darzustellen, auch alsdann, wenn ihm weiter nichts, als wozu er sich in seiner Vorstellung selbst bekennet, zur Last fallen sollte, schlechterdings nicht zu erreichen stehet, mithin durch die Versagung der nachgesuchten Inspection kein wesentliches Gravamen inferiret, vielmehr unnöthige Weiterungen und Kosten ersparet werden, dem Suchen nicht deferiret werden könne.

XXX Erörterung.

Die Ortschaften und Gemeinden in den Herzogthümern Bremen und Verden sind, der Regel nach, nicht verbunden, wenn in den ihnen benachbarten herrschaftlichen Forsten Holz entwendet oder beschädiget wird, entweder den Thäter auszumitteln, oder für die angesetzte Bruchstrafe zu haften; jedoch ist diese Verbindlichkeit an einigen Orten im Bremischen durch ein besonderes Herkommen begründet.

I.

Schon seit langer Zeit suchte die Königl. Cammer den Grundsatz geltend zu machen, daß die Gemeinden in den Herzogthümern Bremen und Verden verbunden wären, bei den, in den benachbarten herrschaftlichen Forsten, vorfallenden Holzentwendungen und Beschädigungen, entweder den Thäter auszumitteln, oder die angesetzte Bruchstrafe zu erlegen. Es wurden dadurch zwei besondere Druckschriften veranlaßt, a) deren erste den Anspruch Königl. Cammer, die andere hinge-

a) von Finkh Beweis, daß in den Herzogth. B. und V. ganze Dorfschaften, wenn aus den ihnen benachbarten Holzungen Holz entwandt worden, entweder den Thäter ausmachen, oder für die Strafe haften müssen. Stade 1765. D. Kerstens von Verschweigung der Missethäter. Stade 1766. Ganz neuerlich hat diesen Gegenstand abgehandelt: Aug. Guilielm. Carl. Georg. Ribbentrop in disp. inaug. de delatione delictorum in Ducatu Bremensi et Verdensi, inprimis de mulcta a pagorum incolis, qui furum lignariorum nomina non detulerunt, praestanda. Helmst. 1796. 4.

gegen die Sache der Unterthanen vertheidigte; auch entstanden häufige Rechtsstreite, durch welche einzelne Gemeinden die so beschwerende Zumuthung von sich abzulehnen suchten. In dem neuesten Rechtsstreite dieser Art, der zur Entscheidung des Königl. O. A. Gerichts gelangte, verlangte der Anwald des Amts Zeven, daß die Eingesessenen des Fleckens Zeven und der Dorfschaft Oldendorf gemeinschaftlich 15 Thlr. 2 Schill., die Oldendorfer aber für sich noch besonders 6 Thlr. 24 Schill. an Forstbruchgeldern bezahlen sollten, womit man sie in die Forstregister vom 1sten Mai 1780 bis dahin 1784 um deswillen eingeschrieben hatte, weil die Thäter verschiedener in den benachbarten Forsten vorgefallenen beträchtlichen Holzentwendungen nicht ausfindig zu machen gewesen waren. Es behauptete der Anwald des Amts, daß er dieserwegen, nicht allein nach den Gründen der Billigkeit, nach verschiedenen Landesgesetzen und nach einer allgemeinen Observanz, die Regel vollkommen auf seiner Seite habe, sondern daß ihm auch eine besondere lange Verjährung und Observanz gegen die Eingesessenen zu Zeven und Oldendorf zu Statten komme.

2.

Die vorgeschützte Regel konnte jedoch weder durch die Billigkeit und den Inhalt vorhandener Gesetze, noch durch eine allgemeine Observanz im Herzogthum Bremen für begründet gehalten werden. Der Billigkeitsgrund der verlangten Zahlung der Forstbruchstrafen sollte darin bestehen; daß die Gemeinden in den Holzungen täglich ihr Vieh weideten, und daß ihnen daher die Holz-entwendungen nicht unbekannt bleiben könnten, um solche gehörig anzugeben.

Wie fehlsam schon an sich selbst die Schlußfolge ist, daß, weil Jemandes Vieh oft in einem weitläuftigen Holze weidet, demselben die, größtentheils zur Nachtzeit vorfallenden, Holz-entwendungen nicht verborgen bleiben können, fällt leicht in die Augen. b) Gesetzt aber auch, man wollte hierüber hinausgehen und es für ausgemacht annehmen, daß den Gemeinden, wenigstens in den mehrsten Fällen, die geschehenen Holzdiebstähle zur Wissenschaft gelangen, und daß es ihnen alsdann leicht ist, den Thäter bis zur Angabe auf die Spur zu kommen; so bleibt doch noch immer die Erwägung der wichtigen Frage übrig: ob die Gemeinden in solchen Fällen nach einer wahren, durch die Rechte unverworfenen, Billigkeit auch verbunden sind, den gewissen oder muthmaßlichen Thäter anzuzeigen?

Es ist nicht zu verkennen, daß Jemand an den Handlungen anderer, nicht nur durch thätiges Mitwürken, sondern auch durch Unterlassung in dem Maße Antheil nehmen kann, daß er dadurch eine Bestrafung und den Ersatz des etwa zugefügten Schadens auf sich ladet. c) Wenn aber eine aus Unterlassung entspringende Schuld imputirt werden soll, so ist nothwendig eine rechtliche Verbindlichkeit vorauszusetzen, nach welcher derjenige etwas zu beobachten schuldig und verpflichtet gewesen ist, dem die Unterlassung zur Last gelegt wird. d)

Eine

b) D. Kerstens a. a. O. §. 72 u. 73.

c) Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts, Th. 1. §. 54 u. f. Gebauer Diss. de imputat. facti alieni Sect. 1. §. 10 seq.

d) Arg. Cap. 41 de R. J. in VIto L. 121. Dig. de R. J.

Eine solche Verbindlichkeit, einen Nachtheil von einem andern abzuwenden, läßt sich freilich, so wohl nach dem Rechte der Natur als nach positiven Gesetzen, alsdann gedenken, wenn der Schade noch nicht geschehen ist, und es in Jemandes Willkühr und Macht steht, denselben auf eine für ihn selbst unnachtheilige Art zu verhindern. e) In allen den Fällen aber, wo, ohne Jemandes vorgängiges Wissen und Zuthun, einem dritten der Schade bereits zugefügt und ein Verbrechen schon vollführt ist, fällt die Verbindlichkeit zur Ausforschung und Angabe des, vielleicht in der Folge bekannt gewordenen, Verbrechers gänzlich weg. Nach dem natürlichen Rechte kann eine solche Ausforschung und Angabe der Verbrecher nicht für Verbindlichkeit gehalten werden, weil die Angabe für den Ankläger auf jeden Fall außerordentlich viel Beschwerden, und nicht selten die größte Ungelegenheit und Gefahr mit sich bringt; weil ferner die Voraussetzung jener Verbindlichkeit, eine Einschränkung der natürlichen Freiheit in sich faßt; und weil endlich der Angeber in den mehrsten Fällen in einem gehässigen und unmoralischen Lichte erscheint. f) Selbst die positiven Gesetze stimmen hiermit völlig überein. Sowohl durch das Römische als Canonische Recht, werden die Accusationen nicht begünstiget, sondern als sehr gehäßig dargestellt; g) und wenn gleich das deutsche peinliche Recht in Betref des Verbrechens des

e) Gebauer l. c. §. 11. L. 2. Dig. de nox. act. L. 9. §. 1. Dig. ad L. Corn. de Fals.

f) Cicero de Officiis Lib. 2. Cap. 14. Böhmer Diss. de Oblig. ad revelanda occulta Cap. 1. §. 2 et 5.

g) L. unic. Cod. Ut nemo invit. L. 7 et 8. Dig. de Accusat. Böhmer Diss. cit.

Hochverraths und der in öffentlichen Gesellschaften geführten harten gotteslästerlichen Reden ein Anderes zu verordnen scheint; so ist dieses doch nur eine besondere Ausnahme, welche in der Größe dieser Verbrechen ihren Grund hat. [h] Durch die Ausnahme wird aber die, auch in mehreren Stellen der peinlichen Gesetze, als Regel angenommene Gehäßigkeit der Accusationen um so zuverlässiger bestätiget, [i] da ein von dem besonderen Falle der Angabe eines vorgegangenen Diebstahls redendes Gesetz [k] folgende sehr zutreffende Worte enthält:

„Qui furem novit, ſive indicet eum, ſive non indicet, fur non eſt: cum multum interſit, furem quis celet, an non indicet: qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipſo tenetur.“

Die Anwendung dieser Grundsätze zeigt, daß die Gemeinden, welche der Landesherrschaft mit keinen besondern Pflichten zur Bewahrung der Forsten verbunden sind, überall keine rechtsbegründete Schuldigkeit haben, die in den Holzungen vorgegangenen Beschädigungen und Entwendungen auszuforschen, oder den Thäter derselben anzugeben, wenn dieser ihnen etwa zur Wissenschaft kommen sollte. Ermangelt aber diese Verbindlichkeit, so folgt von selbst, daß die Gemeinden, wenn sie den Thäter nicht ausforschen und

h) Die güldene Bulle Cap. 24. §. 6. R. A. von 1548. Tit. 1. §. 4. von 1577. Tit. 1. §. 2. Meister Comp. Jur. Crim. §. 439. not. 3. Quistorp a. a. O. §. 62.

i) Peinl. H. G. O. Artic. 12 u. 214.

k) L. 48. §. 1. Dig. de Furtis.

und nicht angeben, für ein fremdes Vergehen keine Strafe auf sich zu nehmen brauchen. l)

3.

Die Landesgesetze, auf deren Inhalt sich der Anwald des Amts Zeven, zur Unterstützung seiner Anmaßung bezog, waren

a) die, in den Herzogthümern Bremen und Verden, wegen des Heidebrennens, wegen des Feuers in den Forsten, und wegen des Schnarrenstellens nach Hasen, ergangenen Verordnungen, vom 11ten December 1705, vom 1sten Decbr. 1724 und vom 29sten Jan. 1709 m) und

b) ein, angeblich am 3ten September 1739 erlassenes Rescript des Königl. Ministerii zu Hannover, an die Regierung zu Stade.

Durch die erste der

ad a) angezogenen Verordnungen wird festgesetzt: daß, wenn eine Abbrennung oder Anzündung der Heide sich zutragen sollte, und der Thäter nicht auszuforschen wäre, die ganze an der Heide interessirte Bauerschaft den Thäter auszumitteln habe, und bis dahin, der Strafe halber, für selbigen in die Stelle treten solle. Die andere Verordnung enthält eine Verschärfung dieser Vorschrift, und zwar unter Beifügung des Grundes; weil allerdings zu vermuthen wäre, daß Je-

l) L. 22. Cod. de Poenis. L. un. Cod. Ut nullus ex Vican.

m) Anhang der Brem. und Verd. Policei, Holz- und Jagdordnung. S. 374. 378 u. 1128.

Jemand der bei der Feldmarke oder Weidegerechtigkeit Interessirten von dem Heidebrande Wissenschaft habe, oder das Feuer durch Bosheit und Nachläßigkeit der Hirten, Weiber und anderer Hausgenossen, wofür der Hausherr einstehen müsse, entstanden sey.

Endlich verordnet das dritte Gesetz wörtlich folgendes:

„Daß, daferne hinkünftig einige Hasenstricke gefunden, und die Steller nicht auszuforschen seyn sollten, diejenigen Dorfschaften, in deren Gränzen diejenigen Büsche und Heide, in welchen die Hasenstricke gefunden werden, belegen, entweder den Thäter zu benennen, oder zum wenigsten, auf welchen desfalls ein gegründeter Verdacht zu bringen sey, bei der Obrigkeit anzumelden, schuldig seyn sollen. Und gleichwie solches zu thun, den an besagten Büschen und Heiden interessirten Hausleuten, um so viel leichter und thunlicher seyn wird, als sie wegen ihres täglichen, sowohl wegen ihres Viehes, als anderer Geschäfte halber, in Heiden und Büschen habenden Umganges, einen dergleichen Hasenstricker, wo nicht wirklich auf frischer That antreffen, doch eine wahrscheinliche Anzeige wider einen oder andern, dafern sie sich selbst desfalls nicht verdächtig machen wollen, beizubringen stets Gelegenheit haben; also soll widrigenfalls die ganze Dorfschaft wegen solches Strick- und Schnarrenstellens besprochen und bestraft werden.“

Aus der solchergestalt gesetzlich festgesetzten Verpflichtung der Gemeinden, die Heidebrenner und Hasenstricker auszumachen, oder für deren Vergehen einzustehen, sollte

eine gleiche Verbindlichkeit zur Angabe der Holzdiebe gefolgert werden. Diese Analogie kann jedoch aus mehreren Gründen nicht eintreten. Erstlich um deswillen nicht, weil die angezeigten Verordnungen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel enthalten, und sie offenbar Strafgesetze sind, die bloß nach ihrem Wortinhalte strenge verstanden werden müssen, und schlechterdings nicht auf andere unbekannte Fälle angewendet werden dürfen. n) Zweitens nicht, weil die, bei jeder analogischen Anwendung des Rechts erforderliche Identität des Gesetzgrundes o) mangelt. In Rücksicht auf die Verordnung vom 1sten December 1724 ist die Verschiedenheit des Gesetzgrundes auffallend, indem, Inhalts derselben, die Dorfschaften nur um deswillen für den in den Forsten entstandenen Brand einstehen sollen, weil dieser gewöhnlich durch die Hirten und Dienstboten der Bauern veranlaßt werde, dahingegen der Amtsanwald sich darauf gründet, daß die fremden Holzdiebe den Dorfseingesessenen nicht verborgen bleiben könnten. Bei den beiden andern Verordnungen vom 11ten Decbr. 1705 und vom 29sten Jan. 1709 ist diese Verschiedenheit des Grundes zwar nicht so in die Augen fallend, jedoch eben so gewiß vorhanden. Das Hasenstricken ist ein Geschäft, mit dem sich niemand abgeben kann, der von der Hölzung weit entfernt wohnt. Die Stellung der Schlingen, das Nachsuchen des gefangenen Wildes, und die Zeit, welche dazu genutzt werden muß, machen eine weite Entfernung des Hasenstrickers unmöglich. Der

n) L. 141 Dig. de R. J. L. 14 et 25 Dig. de Leg. Cap. 28 de R. J. in VIto.

o) L. 10. 12 et 13. Dig. de Legib.

Der Verdacht der That fällt also auf die Einwohner der benachbarten Dorfschaften, und da niemand ein solches Geschäft treiben wird, als wer sonst keine nöthige Arbeit zu verrichten hat, auch das Hasenstricken von keinem Nutzen ist, wenn die Beute nicht zum Verkauf ausgetragen wird; so kann es den Dorfseinwohnern nicht schwer fallen diejenigen aus ihren Mitteln ausfindig zu machen, welche sich mit diesem verbotenen Geschäfte abgeben. In dieser Rücksicht enthält es keine übermäßige Strenge, wenn die Dorfschaften, bei unterlassener Ausmittelung des eigentlichen Thäters, mit der Strafe belegt werden, die auf das Schnarrenstellen gesetzt ist. Ein ganz verschiedenes Verhältnis tritt aber bei den Holzentwendungen ein. Selten wird Jemand in den benachbarten Holzungen stehlen, und wer einen solchen Diebstahl wagt, wird das Gestohlne nicht leicht mit an seinen Wohnort bringen. Da auch der Landmann mit seinem Fuhrwerke viele Wirthschaftsgeschäfte in der Nachbarschaft der Forsten hat, so ist es immer schwer, auszumachen, ob mit dem gespürten Fuhrwerke gestohlnes Holz weggeschaft worden ist oder nicht. Es fällt mithin bei Holzentwendungen weder der Verdacht der That, noch einer Mitwissenschaft derselben, auf die Einwohner der den Forsten zunächst benachbarten Ortschaften. Bei dem Heidebrennen ist noch mehr Grund vorhanden, weshalb solches an denen, die dasselbe nicht zur Anzeige bringen, ohne große Unbilligkeit geahndet werden kann. Aus Muthwillen oder Bosheit wird selten Feuer in einer Heide angelegt. Es geschieht dieses vorzüglich, um entweder dem Viehe bessere Nahrung zu verschaffen, oder auf den abgebrannten Stellen die zum Landhaushalte nothwendigen Schellen zu erhalten.

ten. Die Vermuthung wegen Veranlassung des Brandes fällt daher zunächst auf die benachbarten und in der Heide mit Huth und Weide interessirten Dorfschaften; und da diese wenigstens die einzigen sind, die von dem Heidbrande entweder für ihr Vieh oder für ihren Haushalt Nutzen erhalten, so haben sie sogar in Ansehung der von ihnen geforderten Strafe eine Entschädigung zu hoffen, welches alles von denen, die nach vorgefallenen Holzdiebstählen den Thäter nicht ausfündig machen, nicht gesagt werden kann. p) Drittens endlich, ist die auf den Inhalt der erwähnten drei Verordnungen gebaute Folgerung aus dem Grunde fehlsam, weil andere Landesgesetze dieselbe ausschließen. Die Holzordnungen der Herzogthümer Bremen und Verden enthalten die durchdachtesten und sorgfältigsten Anordnungen, um den Holzdiebereien vorzubeugen, und doch wird in denselben mit keinem Worte der Verbindlichkeit der benachbarten Dorfschaften zur Ausmittelung der Holzdiebe erwähnt. Es liegt hierin der Beweis, daß die Auflage einer solchen Verpflichtung nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, und dieser für die Unterthanen redende Grund gewinnt dadurch ein noch stärkeres Gewicht, daß, im 11. §. der Holzordnung vom 20sten Julius 1692 q) festgesetzet ist: daß, um der Holzdieberei möglichst zuvorzukommen, außer den verordneten Förstern, bei jeder noch etwas beträchtlichen Hölzung, aus den nächst angelegenen Dörfern ein gewisser Aufseher und Holzgeschworner bestellt und vereidet werden solle, um Tages und Nachts die Hölzungen zu visitiren, und,

 wenn

p) D. Kerstens a. a. O. §. 77.

q) Brem u. Verden. Policei-Ordn. S. 157.

wenn er Schaden verspüre, den Thäter auszuforschen; wie denn auch dem Aufseher in seinem Eide mit aufzubinden sey, daß er, im Falle der Nachläßigkeit, nicht allein für den Schaden einstehen, sondern auch, nach Beschaffenheit der Unterlassung, mit Gefängnis und andern Strafen belegt werden solle. Aus dieser ausdrücklich angeordneten Bestellung eines besondern Holzaufsehers aus den Mitteln der interessirten Dorfschaften, läßt sich mit Sicherheit annehmen, daß es die Absicht nicht gewesen seyn kann, die übrigen Eingesessenen der Dörfer in eine gleiche Verbindlichkeit zur Aufsicht der Forsten zu setzen. Die vierte und letzte vermeintliche Landesherrliche Vorschrift, welche der Amtsanwald

ad b) für sich anführte, nämlich das am 3ten September 1739 von dem Ministerio zu Hannover an die Regierung zu Stade erlassene Rescript, enthält wörtlich folgendes:

„Es hat Königl. Cammer bei Uns vorgestellet, wasmaßen das Flecken Rothenburg, bei dem vom 1sten Mai 1733 bis 1736 abgehaltenen Landgerichte, wegen gehauener zwei Stämme aus dem sogenannten Ahlstorf, indem die Spur nach Rothenburg gewiesen, eingewrogt, und weil derozeit so wenig beim Vor- als Landgerichte von ihnen die Thäter ausfündig gemacht werden können, denen bisherigen Principiis nach, zur gebührenden Bestrafung angesetzt worden; Ermeldetes Flecken aber die Bezahlung verweigert, und, als vom Amte die Execution verhänget worden, sich an die dasige Justizcanzlei gewendet, habe diese auch anmaßlich processus erkennen wollen.

Gleich-

Gleichwie nun in der Königl. Verordnung vom 19ten Octob. 1719 die Cognition in Landgerichtssachen, privative, und ohne daß solche an die Justizcollegia gebracht werden können, der Königl. Cammer beigelegt ist; so wollen die Herren bei dasiger Justizcanzlei die Verfügung zu machen belieben, daß dieselbe sich in Landgerichtssachen alles Cognoscirens enthalte, und solche an Königl. Cammer zurück verweise."

Dieses Rescript entscheidet gleichfalls nichts zum Besten des Amtsanwaldes. Abgerechnet, daß dieselbe im Hauptpuncte gar nicht von dem hier in Frage seyenden Grundsatze, sondern nur von der Anwendung der bekannten Göhrdischen Verordnung vom 19ten October 1719 handelt; so kann auch die Verfügung des Ministerii schlechterdings nicht für ein allgemein verbindliches Landesgesetz gehalten werden, weil theils dieselbe nie öffentlich bekannt gemacht, sondern von dem Amtsanwalde bloß in Abschrift als eine Anlage zu den Acten gebracht ist, und weil, anderntheils, bei derselben die Landstände der Herzogthümer Bremen und Verden nicht zu Rathe gezogen sind, welches doch, nach den Bremischen Privilegien, bei Abfassung einer allgemeinen Landesverordnung, um so nothwendiger gewesen seyn würde, da die Stände ohne Zweifel sehr interessirt sind, ob manche ihrer Meier und Gutsleute für Holzentwendungen haften sollen, die ihnen nicht deutlich überwiesen worden sind. [r]

r) Die Herzogthümer Brem. u. Verd. oder vermischte Abhandlungen rc. von Pratje, 3te Samml. S. 228. *Privileg. gen.* VItum der Bremischen Landstände und Ritterschaft. D. Kerstens a. a. O. §. 82.

4.

Eine allgemeine Observanz, daß ganze Gemeinden wegen der nicht auszumittelnden Holzdiebereien, in den Herzogthümern Bremen und Verden, von dem Cammer-landgerichte bestraft werden, ist ganz unerfindlich. Selbst der Vertheidiger der Anmaßung Königl. Cammer, der verstorbene Hofrath von Finkh, hat in seiner oben bemerkten Abhandlung eine solche allgemeine Observanz nicht zu behaupten gewagt. Das Hofgericht zu Stade bezeugt, daß in vielen, den jetzt in Frage seyenden Grundsatz betreffenden, Rechtshändeln, und namentlich, in Sachen der Eingesessenen zu Frellstorf und Appel wider das Amt Bremervörde, und in Sachen der Dorfschaft Dorfhagen wider das Amt Hagen, völlig zum Vortheil der in Anspruch genommenen Dorfschaften erkannt worden sey. s) Ebenfalls ist der Anwald des Amts Bremervörde, der den Dorfschaften Gyhle und Brauershausen die den Eingesessenen zu Zeven und Oldendorf angemuthete Last aufbürden wollte, von dem Königl. O. A. Gericht am 22sten December 1770 abgewiesen worden.

5.

In jeder Rücksicht hatte also der Amtsanwald in der Rechtssache wider die Eingesessene zu Zeven und Oldendorf die Regel wider sich, und er mußte daher zur Begründung seiner Anmaßung ein besonderes wider seine Gegner erworbenes Recht erweisen.

Zur

s) Diese Rechtsfälle macht auch der H. G. Assessor Kerstens in seiner mehrerwähnten Abhandl. §. 93 bemerklich.

Zur Führung dieses Beweises waren 13 Forstbruchregister des Amts Zeven beigebracht, woraus ersichtlich ist, daß die Zevener und Oldendorfer in den Jahren von 1717 bis 1770, wegen der, in den ihnen zunächst liegenden Forsten vorgefallenen, Holz-entwendungen in achtzehn verschiedenen Fällen um deswillen zu Bruche geschrieben sind, weil sie den unbekannten Entwender nicht ausgemittelt haben. Die Zevener und Oldendorfer wandten hingegen vorzüglich ein, daß, wenn auch dergleichen Bestrafungen oft vorgekommen seyn mögten, dennoch daraus kein Recht herzuleiten wäre, weil der bisherige Gebrauch irrationabel sey, und daher keine Bemerkung verdiene. Es konnte aber diese Einrede nicht für erheblich gehalten werden. Verschiedene Rechtslehrer sind der Meinung, daß es bei Beurtheilung der Verbindlichkeit eines Gewohnheitsrechts gar nicht darauf ankomme, ob dasselbe rationabel sey. t) Geht man aber auch hierüber hinaus, so ist die vom Amtsanwalde angezogene besondere Observanz doch wohl schwerlich für irrationabel anzusehen. Das Herkommen würde dem natürlichen und positiven Rechte zuwider und mithin irrationabel seyn, u) wenn davon die Rede wäre, den Unschuldigen statt des Schuldigen zu bestrafen, und die unterlassene Ausforschung eines Verbrechers zu ahnden, ohne daß zu dieser Ausforschung und Angabe vorgängig eine Verbindlichkeit existirte.

Dieser Fall war jedoch nicht vorhanden, vielmehr mußte die Sache aus dem Gesichtspunkte betrachtet werden, daß die

t) Thomasius de Jure consuetud. et Observ. §. 36. 88. 107 et 113. de Senckenberg de Jure Observ. §. 7.

u) Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 1. Tit. 3 §. 34.

die Zevener und Oldendorfer wegen ihres in den Holzungen habenden Verkehrs sich seit geraumer Zeit stillschweigend verpflichtet haben, auf die Forsten ein genaues wachsames Augenmerk zu richten, die Holzverwüster auszuforschen, und dieselben zur Bestrafung zu befördern, auf den Fall aber, da sie hierunter säumig seyn sollten, ein gewisses Quantum, statt einer Entschädigung, in die Forstbruchregister zu erlegen. Es kömmt solchem nach hier nicht auf eine Strafe, im eigentlichen und strengen Wortverstande, sondern nur auf eine Entschädigung für den Eigenthumsherrn des Holzes an. Die Ortschaften sollen nicht für Holzdiebstähle, an denen sie vielleicht unschuldig sind, auf eine gesetzwidrige Weise bestraft werden, sondern sie sollen nur, vermöge einer stillschweigend übernommenen Verpflichtung, Wächter im Holze seyn und eine genaue Aufsicht halten, daß darin kein Schade geschieht. Hierin liegt nichts, was für irrationabel gehalten werden könnte. Der lange Zeitraum, während dessen die Eingesessenen zu Zeven und Oldendorf wegen der in den herrschaftlichen Forsten, ohne Ausmittelung des eigentlichen Thäters, vorgefallenen Holz-entwendungen und Beschädigungen mit sogenannten Bruchstrafen belegt worden waren, verdiente eine desto größere Bemerkung, da schon die ältesten der producirten Bruchregister sich auf ein vorhandenes unzweifelhaftes Herkommen bezogen, indem sich bei den in denselben vorkommenden Straffällen der Zusatz fand; daß die Ortschaften hergebrachtermaßen verbunden wären, entweder den Thäter namhaft zu machen, oder die Strafe zu erlegen.

6.

6.

Es erkannte daher das Königl. O. A. Gericht in dem am 17ten December 1791 eröfneten Rechtsspruche folgendermaßen:

„Wenn gleich des Appellaten Intention keinesweges durch eine in den Herzogthümern Bremen und Verden obwaltende allgemeine Regel und Observanz begründet wird; Nachdem jedoch, mittelst der beigebrachten und zum Beweise allerdings zureichenden Forstbruchregister, die vom Appellaten gleichfalls vorgeschützte Consuetudo localis wider die Appellanten sattsam dargethan worden; So ist wohl gesprochen und übel appellirt.“

Dieses Erkenntniß ward auch, durch den am 15ten December 1792 in der Restitutions-instanz erfolgten Bescheid lediglich bestätiget.

XXXI. Erörterung.

Von dem foro der in Pension stehenden Ober-officiere, welche, neben Beibehaltung ihrer Pension, in Civildienste getreten sind.

Nach der Vorschrift des Militair-Justiz-Reglements v. J. 1736. §. 3. gehören alle caussae civiles personales der, mit oder ohne Pension, abgegangenen Oberofficiers vor Königl. Churfürstl. Kriegsgerichts-Commission. Ob aber das forum derselben auch sodann allein eintritt, wenn ein solcher

Officier eine Civilbedienung annimmt, wegen welcher er sonst unter den höhern Landes-Civilgerichten in Personalsachen stehen würde? war darum zweifelhaft, weil das Militair-Justiz-Reglement jene Beibehaltung des Militair-fori nur alsdann zu bestimmen scheint, wenn ein Ober-officier, mit oder ohne Pension, bloß als Militair-Person zu betrachten ist, mithin in keinen Civildiensten zugleich stehet.

Bei Gelegenheit einer, wider den Pensionair-Hauptmann und Contributionseinnehmer Bierwirth, bei hiesiger Justizcanzlei angebrachten Beschwerde, wo sich derselbe auf sein Militair-forum berief, kam diese Sache zur Sprache, und das Collegium berichtete deßhalb an die Königl. Landesregierung, um des principii wegen für das Künftige eine sichere Norm zu haben. Königl. Landesregierung erließ darauf am 29sten Jan. 1795 an die Canzlei folgendes:

Unsere rc. rc.

Das in Absicht des fori der in Pension stehenden Oberofficiere, welchen zufolge einer erhaltenen Dispensation erlaubt worden ist, neben Beibehaltung ihrer Pension, Civildienste anzunehmen, zum Grunde zu legende principium bestehet darin: **daß selbige, sofern bei ihrem Eintritt in Civildienste etwas anderes nicht festgesetzt worden ist, unter ihrem vorherigen Militair-foro verbleiben.**"

„Wir überlassen den Herren, in dessen Gemäßheit, dem Amte Burgdorf auf die von selbigem in den hierbei zurückgehenden Anschlüssen gegen den Hauptmann und Contributions-

ein-

einnehmer Bierwirth geführte Beschwerde das Behufige zu erkennen zu geben und 2c. Hannover, den 29. Jan. 1795.

In Absicht solcher gerichtlichen Gegenstände, welche aus der Geschäftsführung des Civildienstes selbst entspringen, ist aber die Gerichtsbarkeit der Civilgerichte als competent allerdings zu betrachten.

XXXII Erörterung.

Von dem foro militari.

Zur Erläuterung des cap. II. §. 6 u. 7 des Militair-Justiz-Reglements vom 1sten Dec. 1736.

1.

Ueber den eigentlichen Sinn des §. 6. des Militair-Justiz-Reglements ist folgende Landesherrliche Declaration an die Zellesche Justizcanzlei ergangen:

Georg der Dritte 2c. Es ist bereits in dem Militair-Justiz-Reglement vom 1sten Dec. 1736 die Vorschrift enthalten: „daß, wenn Militairpersonen, welche in Unsern Landen mit unbeweglichen Gütern angesessen sind, mit einer Personalklage, über 50 Thlr. betragend, zu belangen seyn, solches vor den Civilgerichten, unter deren Jurisdiction des Beklagten Güter liegen, geschehen solle, damit, (wie ausdrücklich hinzugefügt ist,) von den nicht mit so vielen gerichtlichen Personen, wie andere Justiz-Collegia, besetzten Kriegsgerichten der Arbeit um so eher und

und besser vorgekommen und die Justiz desto geschwinder befördert werden möge."

„Die Hinsicht auf diesen, der obigen Vorschrift untergelegten, Bewegungsgrund hat, wie wir vernehmen, hin und wieder einen Zweifel darüber veranlasst, ob der eigentliche Sinn der gedachten Verordnung dahin gehe: Unsere Kriegsgerichts-Commission zu verpflichten, keiner gegen Militairpersonen, die mit unbeweglichen Gütern angesessen sind, angestellten Personalklage über eine höhere Summe als 50 Thlr. sich anzunehmen, sondern solche schlechterdings denen competenten Civilgerichten zu überlassen — oder, ob nicht vielmehr der Zweck derselben sey, es gewissermaßen auf das eigene Ermessen Unserer Kriegsgerichts-Commission hin zu verstellen, nach dem Verhältniß der bei dem Collegio jedesmal vorhandenen mehrern oder mindern Arbeit, solche über 50 Thlr. sich belaufenden Personalklagen gegen Militairpersonen entweder zur eigenen Erörterung und Entscheidung anzunehmen, oder an die competenten Civilgerichte zu verweisen; Gleichwie jedoch diese letztere Deutung, wenn sie angenommen werden sollte, eine allemal zu vielen Inconvenienzen führende Ungewißheit des fori zur Folge haben und es bloß von zufälligen Umständen abhängig machen würde, ob eine gegen Militairpersonen anzustellende Personalklage über mehr denn 50 Thlr. bei unserer Kriegsgerichts-Commission, oder bei unsern Civilgerichten verhandelt und zur Entscheidung gebracht werden müßte; Also finden wir dem Besten unsers Dienstes gemäß, hierdurch für das Künftige festzusetzen und zu verordnen;

„Daß

„Daß Unsere Kriegsgerichts-Commission solcher gegen Militairpersonen, die in Unsern Landen mit unbeweglichen Gütern angesessen sind, anzustellenden Personalklagen, welche mehr als 50 Thlr. zum Gegenstande haben, sich überall nicht anzunehmen, sondern selbige, wenn sie bei ihr angebracht werden, an diejenigen Civilgerichte, unter deren Jurisdiction des Beklagten Güter liegen, zu verweisen habe." Hannover, den 4. Jul. 1788.

Ad mandat. Reg. et Elect. Speciale.

v. Wenkstern, v. d. Bussche, v. Beulwitz, v. Arnswald.

Nieper.

2.

Ueber den wahren Sinn des §. 7. ist nachstehende authentische Declaration der Zelleschen Justiz-Canzlei ertheilet:

Georg der Dritte rc. „Wir haben uns vortragen lassen, daß über den eigentlichen Sinn der in Cap. II. §. 7. des M. J. R. vom 1sten Dec. 1736 enthaltenen Bestimmung der Jurisdictions-Competenz Unserer Kriegesgerichts-Commission, über Verlassenschaften verstorbener Militairpersonen, eine Verschiedenheit der Meinungen zwischen Unsern Justiz-Collegiis obwalte, welche zu heben Wir hierdurch noch folgendes zu deren Nachachtung verordnen und festsetzen: Zuförderst hat es 1) dabei sein Verbleiben, daß das denen in Unserm Dienst befindlichen Militairpersonen beigelegte forum militare mit dem Ableben derselben erspirire; immittelst aber 2) Unsern Regimentern obliege, die Obsigna-

nation und Inventur des Nachlasses solcher verstorbenen Militairpersonen zu besorgen und darüber Unserer Krieges-gerichts-Commission Bericht zu erstatten. Diese hat so-dann 3) vor allen Dingen dahin zu sehen, daß, wenn der Verstorbene der Regiments- oder Compagniecasse verhaftet geblieben, solches sofort zum liquido gebracht und 4) das festgestellte liquidum aus dem Nachlasse unverzüglich wieder herbeigeschaft und berichtigt werde. Wofern jedoch 5) über sothanen Nachlaß ein Concurs der Gläubiger entstehen, oder selbiger sonst durch Ansprüche solcher Personen litigirt werden sollte, welche den Regiments- und Compagniecassen die Berichtigung ihrer Forderungen aus dem Nachlasse entweder ganz oder zum Theil streitig machen, oder vor selbigen ein Vorrecht behaupten; so hat 6) Unsere Kriegsge-richts-Commission die Sache an die ordentlichen Civilge-richte Unserer Lande zur Erörterung und Entscheidung zu verweisen, welche, ohne gleichwohl 7) über die Liquidität der Regiments- und Compagnieforderungen, als welche fest zu stellen, nicht ihnen, sondern Unsern Kriegsgerichten allein zustehet, sich das mindeste Erkenntniß anzumaßen: im übri-gen 8) in den streitigen Puncten die rechtliche Entscheidung zu treffen und dafür pflichtmäßig zu sorgen haben, daß den Regiments- und Compagniecassen, nach den gesetzmäßigen Vorzügen des debiti primipilaris, die aus dem Nachlaß, den Rechten gemäß, ihnen zukommende Befriedigung baldmög-lichst beschaffet werden möge; letztlich lassen wir es gänzlich 9) dabei bewenden, daß, falls bei Sterbefällen der in Un-serm Dienst befindlichen Militairpersonen sich finden sollte, daß denen Domestiken ihr Liedlohn erweislich restirte, oder sonst Jemand, absonderlich geringe und nothdürftige Per-

so-

sonen, an den Nachlaß liquide, oder bald zu erweisende Forderungen hätten z. B. ex caussa dominii, depositi, commodati etc. Unsere Kriegsgerichts-Commission allerdings ermächtigt bleibe, darunter sofort das nöthige, befundenen Umständen nach, zu verfügen und denen gemeiniglich armen Klägern auf das schleunigste zu ihrem Rechte zu verhelfen. Wir ꝛc. Hannover, den 4. Jul. 1788.

Ad mandat. Reg. et Elector. speciale.

v. Wenkstern, v. d. Bussche, v. Beulwitz, v. Arnstwäld.

Nieper.

XXXIII Erörterung.

Die Entsagung der Auth. si qua mulier, an Eidesstatt, ist eben so verbindlich, als die Renunciation durch einen förmlichen Eid.

Nach der einmal in Praxi angenommenen Lehre a) müssen die Ehefrauen, wenn die Verbindungen für ihre Ehemänner gültig geachtet werden sollen, sich ihrer Rechtswohlthaten und insonderheit der Auth. si qua mulier eidlich begeben. Ein körperlicher Eid wird dazu nicht erfordert, sondern es ist hinlänglich, wenn die Ehefrau in der Verschreibung einen schrift-

a) Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insonderheit, Tüb. 1790. S. 196. Malblanc doctrina de iureiurando p. 509.

schriftlichen Eid geleistet hat. Daß in der Verschreibung nicht gerade die bei feierlichen und körperlichen Eiden vorgeschriebene und übliche Formel: so wahr mir Gott helfe und sein heil. Wort, ausgedrückt seyn muß, sondern daß es vielmehr nur genügt, wenn nur eine arquipollente Formel; z. E. bei dem Worte der ewigen Wahrheit, auf das heil. Evangelium u. s. w. gebraucht ist, solches leidet gar keinen Zweifel. b) Diese Formeln enthalten so gut als jene eine invocationem Dei in testem et vindicem. c) Ob aber der von einer Ehefrau in einem Instrumente an Eidesstatt geleistete Verzicht, das beneficium auth. si qua mulier gleichfalls entkräftet? ist zweifelhaft. Einige Rechtsgelehrte halten die bloß an Eidesstatt geschehene Renunciation dieser Rechtswohlthat nicht für eine eidliche Entsagung, andere aber halten sie dafür. d) Jene scheinen dabei einen deferirten, körperlichen, gerichtlichen und solennen Eid vor Augen gehabt und solchen nicht gehörig von einem außergerichtlichen und freiwilligen Eide unterschieden zu haben. Bei der ersten Art der Eidesleistung ist die Schwörungsformel: so wahr mir

b) a PUFENDORF Tom. I. obs. 43. §. 2.

c) G. L. BÖHMER iur. canon. §. 332. Daß die gewöhnlichen **Eideswarnungen** und besonders die allgemein übliche **Schwörungsformel** selbst veranlassen, daß der Eid heutzutage meistens in so geringem Ansehn stehet, und daher billig abgeändert werden sollten, haben außer **Garve, Döderlein, von Hoff, Barth** und **Seiler, Schneidt** im Progr. der Eid, nach dem Gesichtspuncte der gesetzgeberischen Klugheit betrachtet, Würzb. 1785. 8. **Anonym.** über die Eidesleistungen. Berlin 1779. 8. KOHLSCHÜTTER de caussis contemti iurisiurandi. Vit. 1792 u. a. m. einleuchtend dargethan.

d) LEYSER Sp. 134. cor. 2. Sp. 171. cor. 3. FRATR. BECMANNOR. consilia et decision. P. I. p. 213. COCCEJI responsa Tom. II. R. 134. LAUTERBACH coll. th. pract. Lib. 12. Tit. 2. §. 19.

mir Gott helfe u. s. w. vorgeschrieben und allgemein angenommen. Die Versicherung an Eidesstatt würde also dabei nicht hinlänglich seyn und so angesehen werden müssen, als wäre der Eid nicht geleistet. e) Bei einem freiwilligen und außergerichtlichen Eide ist keine Schwörungsformel vorgeschrieben. Eine jede äquipollente Formel ist also hierbei zuläßig und gültig, wenn nur die ernstliche Absicht, sich dadurch eidlich verbindlich machen zu wollen, daraus deutlich abzunehmen ist. Die Worte: an Eidesstatt, bei meiner Seelen Heil oder Seligkeit, geben nun eine solche Absicht deutlich genug zu erkennen, und es ist daher der ernstliche und überlegte Wille, sich eidlich damit verbindlich machen zu wollen, billig so lange zu vermuthen und anzunehmen, bis besondere Umstände darlegen, oder gezeigt werden kann, daß es an jener ernstlichen Absicht gefehlet habe. f) Durch die Formel: an Eidesstatt wird das Gewissen unstreitig eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche vim iuramenti hat. Sie enthält das Wesen eines Eides und ist mehr, als eine bloße Asse-

e) Qui per salutem suam iurat, licet per deum iurare videtur, attamen, si non ita *Specialiter* iusiurandum *ei delatum* est, *iurasse non videtur*: et ideo ex integro *solenniter* — nach der Schwörungsformel — iurandum est. Der Deferent konnte die Schwörungsformel bestimmen: per deum (iovem) per caput, per salutem, per genium principis u. s. w. L. 3. §. 4. L. 4. L. 5. pr. D. de iureiurando L. 33. eod. A. P. Frick de iureiurando per genium principis. Helmst. 1768. Vergl. von Tevenar Theorie des Beweises. S. 85 f.

f) Böhmer exercit. ad Pandect. T. III. exerc. 50. c. 2. §. 14. n. gg. p. 382. Cocceji in iur. controv. Lib. 12. tit. 2. qu. 9.

Asseveration oder Betheurung. Das Collegium erkannte daher am 4ten November 1793 in S. Grabbe c. Pralle p. debiti, daß die Versicherung an Eidesstatt die Rechtswohlthaten der Ehefrau entkräfte und für selbige eben so verbindlich sey, wie ein Verzicht durch einen förmlichen Eid.

XXXIV Erörterung.

Von der Vorrichtung und Unterhaltung der Planken, Zäune, Hecken und Graben.

I. Planken.

Es sind bedeckte, undurchsichtige bretterne Befriedigungen, womit Höfe und Gärten umgeben werden. Vermöge der natürlichen Freiheit stehet jedem Eigenthümer das Recht zu, seinen Grund und Boden auf jede beliebige Art zu befriedigen; *) wenn nicht durch Landesgesetze, a) Statuten, Observanz, Verträge und Dienstbarkeiten, in Absicht der Form, Art und Weise der Befriedigungen, etwas bestimmt, ausgemacht, oder hergebracht ist. Wenn daher Jemand, da, wo bisher eine undurchsichtige Planke gestanden hat, eine durchsich-

*) Harprecht Vol. VII. cons. 62. n. 8.

a) Verschiedene Landesgesetze machen es den Unterthanen, um Holz zu ersparen, zur Pflicht, statt der Planken und Zäune, lebendige Hecken um ihre Gärten anzulegen. Fritsch de iure hortor. Kammerausschreiben vom 4ten Apr. 1719. §. 5. in C. C. L. cap. 8. p. 140.

sichtige oder ein Stacket will vorrichten lassen; so kann der Nachbar solches nicht verhindern, wenn keine Einschränkung der natürlichen Freiheit, durch Observanz, Vertrag, Dienstbarkeitsrecht, Verjährung u. dergl. von ihm gezeigt werden kann. Eben so wenig kann es dem Eigenthümer der Planke untersagt werden, zur Conservation derselben, ein Wetterdach darauf setzen zu lassen; nur muß es so eingerichtet werden, daß weder das Uebergebäude desselben, noch der Tropfenfall des Nachbars Grundstücke beschädigt, b) weil Niemand, ohne Dienstbarkeit, schuldig ist, den Regen- und Tropfenfall eines andern aufzunehmen. c) Der Zwischenraum, welcher zwischen des Eigenthümers und Nachbars Grundstücken zu beobachten ist, muß aus Gesetzen, Verträgen, Herkommen und Gewohnheiten zunächst beurtheilt werden. Die römischen Civilgesetze machen einen Unterschied zwischen öffentlichen und Privatgebäuden und bestimmen bei letztern den Zwischenraum, ambitum, auf zwei und einen halben Fuß. d) Auch die teutschen Rechtssammlungen erfordern einen Zwischenraum. e) Zwar behaupten verschiedene Rechtsgelehrte, f) daß

b) Cuicunque quidem licitum suam conditionem, aedificando in suo, meliorem facere, modo tamen simul conditionem vicini deteriorem non reddat, utpote quod nec civilis nec naturalis ratio permittit. L. 20. §. 5. D. de S. P. U. L. 8. §. 5. D. si servit. vind. L. 1. §. 4. D. de aqua et aqua pluv. arc.

c) J. H. Michaelis allgem. Baurechte. (Braunschw. 1781) c. 3. §. 9.

d) Hildebrand de legitimo praediorum Spatio §. 5. Michaelis a. a. O.

e) Sächsisches Landrecht lib. II. art. 41. Sächsisches Weichbild art. 121.

f) Cothmann Vol. 2. Resp. 43. n. 85.

daß die Baugesetze der Römer heut zu Tage nicht mehr in Anwendung gebracht werden könnten; allein in sofern sie unsern Baueinrichtungen nicht entgegen und der Natur der Sache gemäß sind, dürfte ihre Anwendung, wenn andere Entscheidungsquellen fehlen, wol mit Grunde nicht zu bezweifeln seyn. Es liegt nicht nur in der Natur der Sache, sondern es ist auch ein anerkannter Rechtssatz, daß ein jeder das Seinige in Ruhe und ohne Nachtheil genießen und gebrauchen soll. Wenn daher, ohne einen Zwischenraum, Jemand das Seinige nicht benutzen kann, z. E. der Nachbar kann seine Planken nicht ausbessern, so muß derselbe den Gesetzen, Verträgen, und der Observanz gemäß, oder durch richterliches Erkenntniß, nach vorgängig geschehener Besichtigung durch Kunstverständige und eingenommnen Augenschein, bestimmt und regulirt werden.

In Absicht der Vorrichtung und Unterhaltung der Planken hiesiger Vorstädte, ist durch ein Landesherrliches Rescript vom 7ten Jan. 1698 folgendes bestimmt worden:

1) Es soll jedem frei stehen, entweder um seinen ganzen Hof und Garten ein eigenes Plankenwerk jedoch dergestalt machen zu lassen, daß er von seines Nachbarn Planken zwei Fuß überall abbleiben, oder

2) auch gehalten seyn soll, die Kosten von der Hälfte seines Nachbarn Planke, die nach seiner Seite gehet, zustehen und also verfertigen zu lassen, daß von der Hälfte, die ein jeder machen zu lassen hat,

3) die Ständer und Lehnen auf dessen Grund, dem solche Verfertigung zukommt, gesetzet und die Bretter dergestalt

gestalt angenagelt werden, daß die Spitzen derselben demjenigen zugeschlagen werden, der die Planken im Stande erhalten muß.

Das Rescript g) selbst gehet vollständig dahin:

Von Gottes Gnaden Georg Wilhelm ꝛc.

Unsern ꝛc. Als wir uns unterthänigst referiren lassen, welchergestalt abereinst wegen der umb die, außer dem Westerzeller Thore belegene Häuser und Gartens zu verfertigende Planken in Specie zwischen unserm Oberforst- und Jägermeister von Staffhorst und dessen Benachbarten, einiger Streit entstanden, obgleich wir deßfalls in anno 1688 den 11. September bereits unsere gnädigste Willensmeinung h) zur Gnüge schon zu erkennen gegeben und nach selbiger sich auch die übrige billig hätten richten sollen; wir aber mit dergleichen unnöthigen Dispüten nicht weiter behelligt seyn wollen; so declariren und verordnen Wir hiermit eins für alles, daß, wenn etwa Jemanden durch angezogene Unsere gnädigste Resolution d. a. 1688 sich gravirt erachten sollte, demselben noch frei stehen solle, entweder umb seinen ganzen Hof und Garten ein eigenes Plankenwerk dergestalt machen zu lassen, daß er von seines Nachbarn Planken, der vor ihm seinen Platz occupirt

g) Da dasselbe, so viel ich weiß, nicht gedruckt ist, so wird die allgemeinere Bekanntmachung desselben nicht überflüßig seyn. Es findet sich in dem alten **Rundebuche** der Justiz-Canzlei v. J. 1695.

h) Die Resolution betraf blos die Vorrichtung der Planken einiger namentlich benannten Personen, die damals auf hiesiger Neustadt baueten.

pirt und bebauet, zwei Fuß überall abbleiben, oder auch gehalten seyn soll die Kosten von der Hälfte seines Nachbarn Planke, die nach seiner Seite gehet, stehen und also verfertigen zu lassen, daß von der Hälfte, so ein jeglicher machen zu lassen hat, die Ständer und Lehnen auf dessen Grund, deme solche Verfertigung zukommt, gesetzet und die Bretter dergestalt angenagelt werden, daß die Spitze derselben demjenigen zugeschlagen werden, der die Planke im Stande erhalten muß, damit ein jeder hernächst sogleich ohne weitere Dispüte sehen und wissen könne, was er zu machen und zu erhalten habe.

Und wie nun dieses, wie vorerwähnt, die Regel seyn soll, wornach sich hiernächst alle und jede, so draußen Gartens oder Häuser haben und erlangen werden, eigentlich richten sollen; Also begehren Wir an euch hiermit gnädigst, daß ihr für jetzo und künftig dahin sehet und sowohl für euch, als künftig eure successores darüber haltet, daß obiger unserer gnädigsten Willensmeinung unterthänigst gelebet werde. Versehen uns dessen in Gnaden, womit ꝛc. Geben auf unsrer Residenz Zelle den 7ten Jan. 1698.

Georg Wilhelm.

An
den Geheimen Rath, Cammer-Präsident, Oberhofmarschall von Bülow.

2.

2.
Zäune.

Zäune, welche meistens von Weiden, Ricken oder Bretterwerk gemacht werden, sind, wie die Planken und lebendigen Hecken, Merkzeichen, wodurch das Eigenthum zweier Nachbaren geschieden wird. i) Die Grundsätze, welche von der Unterhaltung, Anlegung des nöthigen Zwischenraums u. s. w. der Planken vorhin bemerkt sind, finden auch hierbei, aus völlig gleichen Gründen, ihre Anwendung. Es stehet daher einem jeden frei, seinen Hof, Garten und Grundstücke, selbst wider den Willen der Nachbaren, zu umzäunen, wenn auch daselbst vorhin kein Zaun gewesen wäre. Indeß darf jedoch der Zaun nicht zum Schaden und Abbruch des Nachbars gereichen und der bezäunte Ort muß überhaupt das Zaun- und Gartenrecht haben. Es ist also nicht erlaubt Wiesen und Aecker, zum Nachtheil der Hut- und Weideberechtigten, des Zehntherrns u. s. w. zu umzäunen; denn dergleichen Oerter haben kein Gartenrecht. k) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß ein gemeinschaftlicher Zaun von beiden Nachbarn vorgerichtet und unterhalten werden muß.

3.
Hecken.

Wenn Jemand statt einer Planke, eines Zauns, oder einer andern Befriedigung eine lebendige Hecke errichten will; so

i) L. 4. §. 10. L. 13 D. fin. regund.

k) Stryk de iure septorum. Estor bürgerl. Rechtsgel. der Deutschen, Th. 3. §. 1658. Gabkens Grundsätze des Dorf- und Bauernrechtes, §. 281. Fischers Lehrbegriff sämmtl. Cameral- und Policeirechte, B. 2. S. 709.

so ist entweder ein Heckenrecht l) erweislich, vermöge dessen bestimmt ist, wie viel Fuß derjenige, welcher eine Hecke anpflanzen will, auf seinen Grund und Boden zurückweichen muß; oder dergleichen Recht kann nicht gezeiget werden. Im ersten Falle ist die Sache an sich klar; im letztern Falle aber muß derjenige, welcher die Hecke einrichten will, wenigstens zwei Fuß von der Grenze, wo vorhin die Planke gestanden, auf seinen Grund und Boden einrücken. m) Diese Verpflichtung beruhet nicht bloß auf den bereits angeführten Grundsätzen, welche hierbei analogisch zur Anwendung kommen, sondern auch auf andern rechtlichen und vernünftigen Gründen. Wollte man die lebendige Hecke nicht zurücksetzen, so würden die Wurzeln und Zweige derselben mit der Zeit auf beiden Seiten und also auch auf des Nachbars Grund und Boden, wenigstens zwei Fuß einnehmen. Solches braucht aber der Nachbar nicht zu leiden, wenigstens würde er immer die Befugniß haben, die Zweige und Aeste, so weit sie sein Grundstück einnehmen, abzuschneiden; n) und überdem ist auch ein Nachbar an sich nicht verpflichtet, zu gestatten, daß der andere die Hecke auf seinem fundo einbindet und beschneidet. Ueberhaupt aber würde die Hecke, wenn man sie auf die Grenze setzen dürfte, nicht nur durch ihre herumschlagenden Wurzeln dem Grunde und Boden des Nachbars die Fruchtbarkeit, sondern auch, was noch wichtiger ist, die Sonne und den Wind den Früchten auf des Nachbars fundo entziehen. o) Will hingegen Jemand sei-

l) Strubens rechtl. Bedenken, Th. 5. S. 281.

m) Michaelis a. a. O. S. 41.

n) Höpfners Kommentar über die Institutionen, §. 227 u. 228.

o) L. 14. §. 1. C. de servitut. et aqua. Jo. Lud Schmidts hinterlassene Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien. B. 1. No. 47.

seine Hecke hinwegnehmen und statt derselben eine Planke, ein Stacket ziehen lassen, so ist er auch befugt, zwei Fuß von den Stämmen der Hecke an gemessen, damit vorzurücken; weil die Vermuthung eintritt, daß bei vormaliger Anlegung der Hecke der Eigenthümer derselben um so viel auf seinen Grund und Boden zurückgewichen ist. p) Es können indeß diese Grundsätze durch Verträge, Verjährung und Dienstbarkeiten in concreten Fällen ihre mannichfache Abänderung erleiden.

4.

Graben.

Graben, die nicht zu Abzügen, Wasserleitungen, sondern nur zu Befriedigungen dienen, sind entweder bloße Grenzgraben, oder sie werden zur Beschützung der Zäune und Hecken verfertigt. Jene gehören und sind von demjenigen zu unterhalten, auf dessen Grund und Boden der Aufwurf befindlich ist; denn Niemand darf auf eines andern fundo eingraben, oder auf eines Fremden Grund und Boden den Aufwurf machen. q) Bei diesen gehört das Eigenthum demjenigen zu, welchem der Zaun (Hecke, Hagen) eigen ist, der mit einem Graben umgeben worden. Es wird dieses durch das bekannte deutsche Sprüchwort: **dem der Hagen, dem ist auch der Graben**, angezeigt. r)

p) Struben a. a. O.

q) Hommel in Rhaps. quaest. obs. 301.

r) Hertius de paroem. iur. germ. Lib. 1. par. 23. in opusc. Vol. 1. Tom. III. P. 432. Eisenharts Grundſ. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, S. 215.

XXXV Erörterung.

Von der Retradition der ad acta befindlichen Original-Schuldverschreibungen.

In der Regel kann jede Parthei die von ihr übergebenen Original-actenstücke und Urkunden, gegen Zurücklassung beglaubter Abschriften, wenn solche erforderlich sind, retradirt verlangen. Diese Zurückforderung gründet sich auf das Eigenthum derselben. Nur bei Schuld- und Pfandverschreibungen ist alsdann eine Ausnahme zu machen, wenn der Gläubiger völlig bezahlt, oder die Forderung desselben für gesetzwidrig rechtskräftig erklärt ist. In beiden Fällen hat der Creditor bei dem Besitze der Originalverschreibungen gar kein Interesse, und das Eigenthum derselben stehet nicht weiter ihm, sondern vielmehr dem Schuldner zu. Der letztere kann daher die Zurückgabe derselben verlangen; allein der erstere nicht anders, als wenn er die Absicht und den Zweck der Retradition, z. B. um solche dem Schuldner einzuhändigen, gehörig anführt und bescheinigt. Es ist auch hiernach am 22sten Decemb. 1794 erkannt in S. des Geh. Raths von Görne w. den Cammerherrn von dem Bussche in p. Wechselforderungen, ingleichen am 3ten Jan. 1795 in S. Meier g. Staats in p. Kündigung eines Capitals von 100 Thlr.

XXXVI Erörterung.

Welche Stücke gehören zum theilbaren, und welche zum untheilbaren Allodio der Meiergüter. *)

I.

Allodium cum villa coniunctum.

(Untheilbares Allodium, oder welches zum Hofe und dessen Consistenz gehört.)

1) Aecker, Wiesen u. s. w. welche vorhin, oder doch wenigstens 50 Jahr, oder länger, beim Hofe gewesen sind und von welchen nicht erwiesen werden kann, daß sie titulo plane Speciali zu der Stelle erworben sind.

Verordn. a. a. O. Cap. 1. §. 1. u. Cap. 11. §. 1.

2) Ackerbestellungs-Kosten. Für die in Bestellung des Ackers angewendeten Ko-

II.

Allodium cum villa non connexum seu non coniunctum.

(Theilbares Allodium.)

1) Aecker, Wiesen, Gärten, Ländereien, Kämpe, Holzungen, Immenzäune und andere Pertinenzen, wenn sie notorisch und erweislich zur Meierstelle gekauft, geschenkt, ererbt, oder sonst titulo plane Speciali dabei adquirirt und noch nicht 50 Jahr oder länger bei dem Hofe gewesen sind. Wenn aber dergleichen Stücke 50 Jahr und länger bei dem Hofe gewesen, so sollen sie nicht pro allodio gehalten werden; es könnte denn der colonus durch Urkunde, oder unverwerfliche Zeugen, in

*) Nach der Verordnung, wie es mit Redintegrirung der Meier-Höfe zu halten, vom 1sten Jul. 1699. in Corp. C. L. cap. V. S. 135.

Allodium cum villa coniunctum.	Allodium cum villa non coniunctum.
sten und Arbeit kann der Colonus oder dessen Erben keine Vergütung fordern. Verordn. a. a. O. §. 3.	in continenti erweisen, daß sie von seinen Erblassern neu zugekauft, oder geschenkt, ererbt, oder sonst titulo plane Speciali dabei adquirirt nicht aber, als vorhin zum Hofe gehörig und etwa versetzt, wieder eingelöset seyn. Verordn. v. 1699 cap. I. §. 1. u. cap. II. §. 1.
3) Aepfel. S. Gartenfrüchte.	2) Aepfel. Alle eingeerndteten Aepfel, ohne Unterschied; von denen aber, welche noch auf den Bäumen hangen, nur die Hälfte. Verordn. v. J. 1699. c. II. §. 4.
	3) Ackergeräthe, oder instrumenta rustica. Verordn. a. a. O. §. 3.
	4) Baarschaften, baares Geld. Verordn. a. a. O. §. 3. P. O. Kap. 44. §. 4. Darunter werden auch ausstehende Schulden mit begriffen, wenn sie gleich nach der

Allodium cum villa coniunctum.

4) Bäume, alle im Hofe oder außerhalb desselben stehende Obstbäume; ingleichen alle andere Bäume z. E. Weiden, Birken u. s. w. welche auf dem Stamme stehen.

Verordn. a. a. O. Cap. 11. §. 2.

Allodium cum villa non coniunctum.

leg. 78. §. 1. D. de legat. 3. sonst nicht mit darunter zu verstehen sind. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen, Th. 1. §. 646 ff. Carstens de succ. vill. §. 37.

5) Backtrog. S. Hausrath.

6) Bänke. S. Hausrath.

7) Baumschule. Dergleichen junge Obstbäume werden zum Verkauf angezogen und nicht in der Absicht gesetzt, daß sie beständig an dem Orte stehen bleiben sollen.

8) Beil, gehört zum Hausgeräthe, so gut wie die Axt.

9) Betten, Gesinde- und andere Betten, Bettücher u. s. w. gehören unter die Mobilien und zum Hausrathe.

10) Bienen, gehören zum Viehe, Bienenkörbe zu den Mobilien.

Allodium cum villa coniunctum.	Allodium cum villa non coniunctum.
5) Birnen. S. Gartenfrüchte.	11) Birnen. S. Aepfel.
6) Bestellung. S. Ackerbestellungskosten.	12) Bohnen. S. Korn.
7) Buchwaizen. S. Korn.	13) Bretter, welche geschnitten und zugerichtet sind.
8) Dünger, aller innerhalb oder außerhalb Hofs noch vorhandene. S. Plaggen-Mieten.	14) Butterfässer.
	15) Caffeekessel, Caffeekannen u. dgl.
9) Erbsen. S. Korn.	16) Erbsen, Erdäpfel, Kartoffeln. S. Früchte.
	17) Eymer. S. Hausgerath.
	18) Fässer. S. Hausgerath.
	19) Federn, zubereitete und unzubereitete.
	20) Federvieh. S. Vieh.
10) Flachs. S. Korn.	21) Flachs, wenn solcher bereits eingeerndtet ist; stehet er aber noch im Felde, nur die Hälfte. Verordn. a. a. O. §. 4.
11) Gail und Gahr, welche im Lande ist, dafür gebühret keine Erstattung. Verordn. a. a. O. §. 3.	22) Früchte, ohne Unterschied, wenn sie eingescheuert sind; was aber noch uneingeerndtet im Felde, Gärten

Allodium cum villa coniunctum.

12) Gartenfrüchte, die Hälfte der im Felde oder Gärten annoch stehenden Gewächse, als: Kohl, Wurzeln, Rüben, Vietsbohnen u. s. w. ingleichen die Hälfte alles noch auf den Bäumen hangenden Obstes, es seyn Aepfel, Birnen, Zwetschen, Kirschen, oder andere Obstarten.

13) Gebäude, alle in und außerhalb Zauns belegene, wie sie Namen haben,*) welche nicht von dem colono selbst, dessen oder seiner Frauen Eltern oder Großeltern erbauet. — Von solchen Gebäuden aber, welche der colonus, oder seine oder seiner Frauen Eltern und Großeltern erbauet, gehöret bloß

Allodium cum villa non coniunctum.

u. s. w. stehet, blos zur Hälfte.

Verordn. a. a. O. §. 4.

23) Füllen, Fohlen. S. Vieh.

24) Futter. S. Heu, Stroh.

25) Gänse. S. Vieh.

26) Gartenfrüchte. S. Aepfel, Früchte.

27) Gebäude, sie mögen Namen haben, wie sie wollen, als: Wohnhäuser, Scheuren, Ställe, Schaaf-Koven, Spieker u. s. w. wenn selbige von dem Colono selbst, von dessen, oder seiner Frauen Eltern oder ihren Großeltern erbauet sind; jedoch bloß zur Hälfte, nach dem durch Werksverständige zu schätzenden, jedes Orts gewöhn-

*) Der Natur der Sache zu Folge ist jedoch dieses nur auf solche Gebäude einzuschränken, welche des **Meiergutes** und **Ackerbaues** wegen da sind und mithin nicht auch auf solche zu erstrecken, die zu andern besondern **Gewerben** zur **Nahrung**, **Krugwirthschaft** u. s. w. erbauet sind, z. E. Brennerei- Siederei- Gebäude, Stallgebäude zum Ausspann u. dgl.

Allodium cum villa coniunctum.	Allodium cum villa non coniunctum.
die Hälfte derselben zum Hofe.	wöhnlichen, dermaligen Werthe derselben.
Verordn. a. a. O. §. 1.	Verordn. a. a. O. §. 2.
	28) Gerste. S. Früchte.
	29) Getreide. S. Früchte.
	30) Gläser. S. Hausgerath.
14) Grasung. Die noch in den Wiesen und Weiden befindliche Gräserei. Verordn a. a. O. §. 2. Nach dem vorhergehenden §. 4. derselben scheint es, als ob auch das noch nicht eingewundene Heu zur Hälfte zum theilbaren Allodio mitgerechnet werden solle. Allein bei der noch folgenden bestimmten Vorschrift scheinen die Worte: „dergleichen" im §. 4. bloß auf diejenigen Früchte, welche noch im Felde oder Gärten vorhanden sind, mithin auf Korn, Flachs, Obst eingeschränkt und nicht mit auf das, in Wiesen und Wei-	31) Graben. S. Zaun. 32) Gras. S. Heu. 33) Grütze. S. Früchte. 34) Hanf. S. Flachs. 35) Hausrath. Verordn. a. a. O. §. 3. Vergl. Hommels Pertinenzregister v. Hausrath. 36) Hecken. S. Zaun. 37) Heu, wenn es eingesammlet ist. Verordn. a. a. O. §. 4.

den

Allodium cum villa coniunctum.

den annoch uneingeärndtet stehende Gras erstreckt und erweitert werden zu müssen; zumal §. 4. bloß von eingeerndtetem Heu redet. Carstens de succ. villicali §. 36. a Pufendorf in animadv. N. 24.

15) Hanf. S. Korn.

16) Holzungen, alles harte und weiche Holz so zu dem Hof gehört.
Verordn. a. a. O. §. 2.

17) Heidestreuel. S. Plaggen-Mieten.

18) Kohl. S. Gartenfrüchte.

19) Korn. Die Hälfte von der beim Hofe geschehenen Aussaat zu hoffen stehenden Korn- Erbsen- Bohnen- Buchwaizen- Haber- Linsen-

Allodium cum villa non coniunctum

38) Holz, wenn es entweder angekauft, oder bereits geschlagen und zubereitet ist.

39) Honig.

40) Hopfen. S. Früchte.

41) Hüner. S. Vieh.

42) Instrumenta rustica, als: Wagen, Pflug, Eggen, Sattelzeug, Halfter u. s. w.
Verordn. a. a. O. §. 3.

43) Kälber. S. Vieh.

44) Kasten, Kessel sind Hausrath.

45) Ketten.

46) Klee gehört zu den Früchten.

47) Kleider.

48) Korn. S. Früchte.

49) Küchengeräthe, es sey von Kupfer, Zinn, Meßing oder Eisen.

50) Kühe. S. Vieh.

51) Kissen, gehören zu den Betten.

Allodium cum villa coniunctum.

Hopfen, Hanf, Gersten, Waizen, und Flachs, 2c. Erndte und zwar die Hälfte des Korns mit dem Stroh.

Verordn. a. a. O. §. 3.

20) Mist. S. Dünger, Gail und Gahr, Plaggen-Mieten.

21) Mast, welche noch auf den Bäumen hängt.

Verordn. a. a. O. §. 2.

22) Obst. S. Gartenfrüchte.

23) Pfluglohn. S. Ackerbestellungskosten.

24) Plaggen - Mieten, in- und außerhalb Hofes, fallen demselben ohne Entgeld heim. Der Analogie zufolge also auch das vorhandene Heidestreuel.

Verordn. a. a. O. §. 3.

25) Stroh. S. Korn.

Allodium cum villa non coniunctum.

52) Lämmer. S. Vieh.

53) Leinsaamen. S. Früchte.

54) Leinwand, Drell.

55) Leitern gehören zum Hausrath.

56) Linsen, gehören wie Erbsen und Bohnen zu den Früchten.

57) Mobilien, ohne Ausnahme.

Verordn. a. a. O. §. 3.

58) Obst. S. Aepfel.

59) Ochsen. S. Vieh.

60) Oehl.

61) Pferde. S. Vieh.

62) Schaafe. S. Vieh.

63) Schränke sind Hausgerath.

64) Schweine. S. Vieh.

65) Sensen und Sicheln.

66) Spiegel.

67) Stroh. Wenn die Früchte noch nicht eingescheuert sind, die Hälfte da-

26)

Allodium cum villa coniunctum.

26) Waizen. S. Korn.

27) Zäune um den Hof, wie auch auf dem Felde. Hierher sind, dem Sinne der Verordnung gemäß, auch alle andere Befriedigungen zu rechnen, als: Planken, Stakkette, Hecken, Graben und die hin und wieder in neuern Zeiten angelegten Steinmauern.

Verordn. a. a. O. §. 2.

Allodium cum villa non coniunctum.

von und zwar **mit dem** Stroh.

Verordn. a. a. O. §. 4.

68) Stühle.

69) Tauben. S. Vieh.

70) Tische.

71) Töpfe.

72) Torf, wenn er gestochen ist.

73) Tröge.

74) Vieh, alles so auf dem Hofe vorhanden ist, es sey großes oder kleines.

Verordn. a. a. O. §. 3.

75) Wachs.

76) Waizen, Buchwaizen. S. Früchte.

77) Wäsche gehört zu Linnen und Drell.

78) Wolle, vorräthige.

79) Ziegen. S. Vieh.

XXXVII Erörterung.

Fälle, bei welchen der Unterschied zwischen theilbarem und untheilbarem Allodio der Meierleute vorkommen kann.

Nach der mehrmals angeführten Verordnung ist in nachstehenden Fällen auf das Allodium und die eigenthümlichen Güter — allodium cum villa non coniunctum s. non connexum — der Meierleute zu sehen:

1) Wenn ein Gläubiger des Meiers an dessen Allodium verwiesen, oder sonst seinen Regreß daran zu nehmen genöthigt wird;

   Verordn. Cap. I. §. 1. in fine §. 2. §. 3.

2) Wenn es mit dem Besitzer eines Meier- oder Schillingsgutes zum Concurs kommt;

3) Wenn der Besitzer der Colonie aus gesetzmäßigen, nach vorgängiger Untersuchung, klar gemachten Ursachen abgemeiert und ein neuer ganz fremder Colonus darauf gesetzt wird;

   Verordn. a. a. O. §. 8.

4) Bei Theilungen zwischen Eltern und Kindern, Brüdern und Schwestern, oder auch zwischen Collateral- und Seitenfreunden in Absicht der Meiergüter und was der Besitzer derselben davon zu conferiren schuldig ist;

5) Bei Bestimmung der Brautschatz- und Aussteuer-Auslobungen, oder anderer Abfindungen, z. E. der Geschwister, Auslobung des Altentheils u. s. f.

   Verordn. a. a. O. Cap. II. im Eingange.

XXXVIII Erörterung.

Ob und in wie fern die, den Geschwistern aus den Meierhöfen gebührende Abfindung, Brautschatz- und Aussteuer-Auslobungen deren ganzen kindlichen Erbantheil ausmachen.

Nach der Verordnung vom 1sten Jul. 1699 haben sämmtliche Kinder des verstorbenen Coloni in Rücksicht des vom Hofe getrennten Allodii ein gemeinschaftliches Erbrecht. a) Es ist daher dasselbe der gemeinschaftlichen Theilung unterworfen, und die nachgebliebenen Kinder des Meiers können mittelst der Erbtheilungsklage den Besitzer und Annehmer der väterlichen Stelle zur Herausgabe ihres Antheils gerichtlich anhalten.

Gewöhnlich pflegt aber, wenn entweder der Vater noch bei seinen Lebzeiten einem seiner Kinder den Hof übergibt und sich auf den Altentheil setzt, oder bei eintretenden Verheirathungen, in den Ehestiftungen, bestimmt zu werden, was die übrigen Kinder und Geschwister an Brautschatz, Aussteuer, Hochzeitskosten u. s. w. als Ablage und Abfindung, aus der Meierstelle erhalten sollen. Bei Bestimmung der Ablobung, welche von der Gutsherrschaft consentirt und gerichtlich bestätigt werden muß, ist indeß allezeit auf den Ertrag und Zustand des Hofes zu sehen; mithin darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Abfindungen den Kräften der Stelle angemessen eingerichtet wer-

 den.

a) A Pufendorf Tom. I. obs. 84.

den. b) Oftmals wird daher der Abtrag derselben, in den Ehestiftungen, auf gewisse jährliche Zahlungstermine eingeschränkt.

Hierbei frägt es sich nun: ob dasjenige, was den Kindern der Meierleute an Brautschatz und Aussteuer, als Abfindung und Ablage, ausgelobt wird, deren ganzen kindlichen Erbantheil ausmacht?

Von verschiedenen Rechtsgelehrten c) wird, ohne Unterschied, der Grundsatz vertheidigt, daß, den deutschen Rechten gemäß, dasjenige, was die Meierleute ihren Kindern mitgeben, zwar Brautschatz, Aussteuer, Mitgift genannt werde, in der That aber deren völligen Erbtheil ausmache, folglich ihnen nach der Eltern Tode weiter nichts gebühre.

Wenn der Vater, bei Abtretung und Uebergabe der Stelle, für seine übrigen Söhne die Abfindung aus dem Hofe bestimmt, oder bei Verheirathung der Töchter deren Brautschatz und Aussteuer unter guthsherrlicher und gerichtlicher Genehmigung und Confirmation festgesetzt hat; so müssen sich allerdings die Kinder bei einer solchen väterlichen Disposition beruhigen und können nach dem Tode der Eltern aus dem Hofe von dem Hofsannehmer und Besitzer

b) Verordnung am angf. O. §. 10. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. B. 157.

c) A PUFENDORF Tom. II. obs. 33. §. 1. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. S. 97. *idem* in access. ad commentat. de iure vill. Acces. 20.

sitzer nichts weiter fordern,*) wenn sie keine Verletzung im Pflichttheile zeigen können.

Gesetzt aber, daß der Vater ohne Bestimmung einer Ablage für seine nachgebliebenen Kinder verstorben und nun bei Annahme des Hofes, oder bei erfolgter Verheirathung, in der Ehestiftung, gutsherrlich oder gerichtlich, festgesetzt ist, was der Annehmer des Hofes den nachgelassenen Kindern an Abfindung aus dem Hofe auskehren soll; so ist entweder bei Bestimmung der Ablage auf das, nach Abzug der Schulden des verstorbenen Coloni, übrigbleibende, theilbare freie Allodium gehörige Rücksicht genommen oder nicht, sondern es ist nur ein ganz geringer, mit dem nachgebliebenen eigenthümlichen, freien und theilbaren Allodio des verstorbenen Coloni in keinem Verhältniß stehender, Brautschatz ausgelobt worden.

Im ersten Falle ist dasjenige, was unter dem Namen Brautschatz, Aussteuer, Mitgift und dergl. den Kindern aus dem Hofe ausgesetzt und bezahlt ist, oder bezahlt werden muß, ohne allen Zweifel als deren ganzer kindlicher Erbantheil zu betrachten, weil, nach Vorschrift der Verordnung, die nachgebliebenen Kinder des verstorb. Meiers ihren Erbantheil nur von dessen eigenthümlichen, theilbarem Allodio, aber nicht zugleich auch von dem Meiergute selbst d) und dem damit verordnungsmäßig verbundenen, untheil-

*) Inzwischen giebt es dennoch Fälle, in welchen die abgelegten Kinder die Theilung des übrigen elterlichen Nachlasses verlangen können. CARSTENS l. c. §. 214 ff.

d) Policei-Ordn. Kap. 44. §. 1. und §. 4. Verordn. v. J. 1699. Kap. 11. im Eingange. A PUFENDORF a. a. O. Tom. IV. obs. 179. §. 10. Carstens a. a. O. §. 201. Struben rechtl. Bedenk. Th. 2. B. 92.

theilbaren Allodio, zu fordern berechtigt sind. Da nun meistentheils bei den gutsherrlich genehmigten und gerichtlich bestätigten Abfindungen auf jenes gehörige Rücksicht genommen wird; so liegt hierin vermuthlich der Grund, warum obige Schriftsteller ohne Einschränkung den Grundsatz aufgestellt haben, daß der ausgelobte Brautschatz integram portionem filialem ausmache. Im letztern Falle hingegen können die Kinder oder Geschwister, wenn selbigen nur ein geringer, mit dem freien Allodio unverhältnißmäßiger, Brautschatz ausgelobt ist, unter gehörigem Beweise, von dem Besitzer des Hofes noch immer eine Theilung des allodii cum villa non coniuncti, nach Abzug der etwanigen Schulden des verstorb. Coloni, fordern und verlangen, daß er dasselbe, wie es bei dem Ableben des Erblassers vorhanden gewesen ist, allenfalls eidlich manifestire. e) In einem solchen Falle ist also der ausgelobte Brautschatz, insonderheit wenn der Abtrag desselben auf geringe Termine und mehrere Jahre gesetzt seyn sollte, allezeit als eine ex fructibus villae selbst nach und nach zu tilgende, die Colonie principaliter afficirende, mithin nicht als eine, bei dem theilbaren, freien Allodio in Absatz zu bringende Forderung, zu betrachten und man kann dabei überall nicht annehmen, daß ein solcher geringer Brautschatz den ganzen kindlichen Erbtheil ausmachen solle.

Es bleibt daher die obige Frage, wie diese Ausführung zeigt, bei jedem einzeln vorkommenden Falle, allezeit mehr eine quaestio facti als iuris. Inzwischen sind die angeführten Grund-

e) Carstens l. c. §. 214.

Grundsätze selbst vom Collegio in mehrern Fällen und noch kürzlich in caus. Lindmüller c. Köhler p. Abfindung, modo hereditatis allodialis, gebilligt worden. Der Klägerin waren an Abfindung aus der Kothstelle 5 Rthlr. pro dote und 5 Rthlr. zur Aussteuer, rechtskräftig zuerkannt, und dem Bekl., ihrem Bruder, ward aufgegeben, diese Summe in gewissen Fristen zu zahlen. Außerdem aber verlangte sie noch ihren Erbtheil des ganzen väterlichen nachgelassenen Allodii, cum villa non coniuncti. Der Unterrichter wies sie aber mit dieser Forderung aus dem Grunde zurück: **weil die Abfindung der Kinder aus dergleichen Bauergütern deren ganzen Erbtheil ausmache.**

Allein in der Appellations-Instanz erhielt sie ein reformatorisches Erkenntniß am 28. Dec. 1792 dahin:

„Nachdem die den Geschwistern aus dem Meierhofe und dem damit verbundenen Allodio zu prästirende Abfindung keinesweges deren Erbrecht in Rücksicht des vom Hofe getrennten Allodii ausschließet; der Bestand dieses Allodii aber im gegenwärtigen Falle ad liquidum noch nicht gebracht ist, als hat, mit Aufhebung des decreti a quo, Appellat binnen 4 Wochen den sämmtl. zum Meiergute nicht gehörenden Nachlaß seines verst. Vaters solchergestalt allhier zu specificiren, wie er demnächst eidlich zu erhärten im Stande seyn wird; wobei ihm unbenommen bleibt, unter genauer Anführung der caussae debendi, das Verzeichniß derjenigen Schulden einzubringen, mit welchen die Allodialverlassenschaft seines Vaters auf ihn beschwert übergegangen ist."

Nachdem im Lauf des Processes von dem Appellaten sowohl das Verzeichniß des väterlichen, mit der Kothe nicht verbundenen, Nachlasses, nebst Beifügung der Preise, als auch der darauf haftenden Schulden eingebracht, die Appellantin darüber gehört war und von derselben einige Defecte in dem erstern besonders waren angegeben worden; so erkannte die Justiz-Canzlei im Dec. 1795 folgendergestalt:

I. In Ansehung der von Appellaten beigebrachten Specification der väterl. Verlassenschaft, deren Ergänzung und eidlichen Bestärkung.

1) Ist Appellat, wenn außer dem verzeichneten Bettgestell noch ein anderes vorhanden gewesen, auch

2) sämmtliches von dem gemeinschaftlichen Erblasser nachgelassene leinen und drellen Geräthe;

3) die nachgebliebenen Vorräthe von Heu, Korn, Flachs, Obst und andern Früchten;

4) die, von der bei des Vaters Tode bereits geschehenen Aussaat, erfolgte Korn- und Flachserndte und zwar das Korn mit dem Stroh,

davon jedoch demnächst nur die Hälfte zur Theilung zu bringen ist,

5) den Werth der, geständlich vorhanden gewesenen, eingeschlachteten zwei fetten Schweine,

dem Verzeichnisse annoch beizufügen, nach Vorschrift der Verordnung vom 1sten Julius 1699, wie es mit Redintegrirung der Meierhöfe zu halten, verbunden; auch den Werth sämmtlicher verzeichneten Sachen, so wie solcher bei dem Ableben des Erblassers gewesen, an-

anzugeben schuldig; worauf alsdann, nach solchergestalt ergänzter Specification eine Tagefarth angesetzt werden soll, in welcher Appellat sammt seiner Ehefrau, deren Richtigkeit, und daß sie, wenn ihnen in der Folge annoch etwas zu der väterlichen Erbschaft gehörendes beifallen sollte, es treulich anzeigen wollen, durch den Manifestationseid zu erhärten haben; hingegen wird Appellantin mit der, wegen der Gaile und Gaare ordnungswidrig gemachten Forderung und wegen des an den Werth der, von denen, dem Appellaten durch die Berechnung des Werthes eigenthümlich erworbenen Schaafen, gefallenen Lämmer und abgeschornen Wolle, formirten Anspruchs, ab und zur Ruhe verwiesen;

II. So viel hiernächst das Num. 2. übergebene Verzeichnis der auf dem väterlichen Nachlasse haftenden Schulden betrift; ist daran

1) die mit 18 Rthlr. 24 Gr. aufgeführte, successive aus den Aufkünften der Kothe abzutragende, alte Brautschatz-schuld; ingleichen

2) dasjenige abzusetzen, was u. s. w.

XXXIX Erörterung.

Ob ein Meiersmann, der ein in seinem Meierbriefe benanntes Natural-Prästandum lange Zeit mit Gelde bezahlt hat, sich dadurch auf rechtliche Art von der Natural-Prästation befreien könne?

Die Beantwortung dieser Frage ist unter den Rechtslehrern sehr streitig. a)

Verschiedene Schriftsteller verneinen dieselbe schlechthin, und zwar aus dem Grunde, weil die Einforderung der Natural-Prästationen eine Sache freier Willkühr sey, die nicht verjährt werden könne, und weil die Bezahlung der Prästationen mit Gelde eine stillschweigende, jährlich erneuerte Location in sich fasse. b)

Andere nehmen das Gegentheil an, und erfordern zur Verjährung der Natural-Prästationen eine unvordenkliche Zeit, c) oder halten gar einen 30jährigen Zeitraum dazu für hinlänglich. Diese von einander abweichenden Meinungen bewürken, bei dem Mangel einer bestimmten gesetzlichen Entscheidung, nicht selten eine Verschiedenheit der gerichtlichen Erkenntnisse.

Von

a) Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 17.

b) DE PUFENDORF Tom. 1. Observ. 224. STRUBEN Tract. de Jure villic. Cap. 5. §. 21. GROLLMANN Diss. de Operar. debit. mutat. Cap. 3. §. 44.

c) LEYSER Spec. 461. Medit. 29.

Von der Justizcanzlei zu Hannover ward 1713 in einer von Giessen eingeholten Sentenz die 30jährige Verjährung zugelassen; d) die Justizcanzlei zu Zelle erkannte am 13ten April 1718 auf den Beweis einer unvordenklichen Verjährung, und das O. A. Gericht erklärte verschiedentlich einen solchen Beweis für unzulässig. e)

Unbedingt kann man weder die eine noch die andere dieser Meinungen mit Zuverlässigkeit annehmen, weil die aufgeworfene Frage nicht sowohl eine allgemeine quaestio iuris, sondern vielmehr eine nach den, bei jedem einzelnen Falle eintretenden, besondern Umständen zu prüfende quaestio facti ist. Erhellet dabei, daß vor Zeiten die Natural-Prästationen wirklich geleistet worden sind; so kann daraus, daß seit langer Zeit, ja selbst seit Menschen Gedenken, ein gleichförmiges Geld-Quantum gezahlt worden ist, von dem Meiersmanne kein Recht für die Folge hergenommen werden, weil alsdann das Geld pro locario, und die Annahme desselben von der Gutsherrschaft für eine mit jeder Zahlungszeit erneuerte Location anzusehen ist, die als res merae facultatis zu jeder Zeit zurückgenommen werden kann.

Zeiget sich hingegen, entweder, daß nie Natural-Prästationen geleistet worden sind, oder, daß einst wegen deren Leistung auf der Seite des Meiers ein Widerspruch eingetreten ist, wobei sich der Gutsherr beruhiget hat; so kann das Recht des Meiers, die Zahlung mit Gelde beizubehalten, nicht bezweifelt werden. Im ersten Falle tritt die recht-

 liche

d) Grollmann l. c.

e) de Pufendorf Tom. 1. Observ. 224. Tom. 2. Observ. 71.

liche Vermuthung ein, daß das Meiergut dem ersten Inhaber unter der Bedingung ausgethan worden ist, daß die im Meierbriefe benannten Naturalien nicht wirklich geleistet, sondern nur mit Gelde bezahlt werden sollen. f)

Im andern Falle findet hingegen eine qualificata Praescriptio Statt, wodurch bekanntlich selbst res merae facultatis binnen der gewöhnlichen Zeit verjährt werden können. g)

Es kamen diese Grundsätze bei Entscheidung des Rechtsstreits, in Sachen der Meierleute des Amts Hagen, Hinrich Ficke und Consorten wider gedachtes Amt wegen Hofschweins zur Anwendung.

In den Meierbriefen dieser Gutsleute findet sich unter den aufgeführten Prästationen auch folgender Ansatz: Für Hof- und Zinßschweine — 3 Rthlr. Die mehrsten Meier hatten schon seit 1702 die Hofschweine nicht in natura geliefert, sondern für jedes derselben den stets gleich gebliebenen Preis von 1½ Rthlr. ohne Widerspruch der Gutsherrschaft bezahlt.

Als nun das Amt Hagen im Jahre 1790 die Naturallieferung der Schweine verlangte; so verweigerten die Meier dieselbe und gründeten ihr vermeintliches Weigerungsrecht auf die, seit so langen Jahren, geschehene Bezahlung mit Gelde. Die Justizcanzlei zu Stade schlug den Gutsleuten den gebetenen Schutz im Besitzstande ab, und als von die-

f) Struben de Jure Villic. Cap. 5. §. 22. p. 253.

g) Coccejus de reb. mer. facult. §. 8. de Pufendorf Tom. 2. Observat. 92. Tom. 3. Observ. 160.

diesem Abschlage appellirt ward, so erkannte das Königl. O. A. Gericht mittelst Bescheides vom 24sten Junius 1791 folgendermaßen:

„Nachdem der Umstand, daß die geständigermaßen schuldigen Hofschweine mehrere Zeit hindurch mit Gelde bezahlt worden sind, für sich allein genommen, den Imploranten überall kein Recht beilegen kann, um in Possessione vel quasi des qu. Geld-abtrages geschützt zu werden; mithin eine Nullität, die bei dieser angeblich in Possessorio summario versirenden Sache erforderlich seyn würde, durchaus unerfindlich ist; so findet das angebrachte Gesuch keine Statt.“

Es ward auch dieses Erkenntniß in der Restitutions-Instanz, am 30sten Jan. 1792 lediglich bestätiget.

XL Erörterung.

Die interpretirende Observanz eines Gesetzes oder Statuts kann durch praeiudicia, welche in öffentlichen Druckschriften bekannt gemacht sind, erwiesen werden.

Zuweilen kann es sich zutragen, daß in den gedruckten Rechtssprüchen dieses oder jenes Gerichts praeiudicia aufgezeichnet sind, wovon man gleichwohl die Acten, besonders wenn es ältere Fälle betrift, nicht auffinden kann. Ob nun durch dergleichen praeiudicia eine interpretirende Observanz für erwiesen anzunehmen sey, könnte zweifelhaft scheinen. Es ist solches aber allerdings dafür zu halten. Jeder Schrift-

stel-

steller, der Rechtsfälle und Entscheidungen aufzeichnet, hat doch im Zweifel die stärkste Vermuthung der Wahrheit vor sich, zumal wenn er die Rubriken der Acten und Data angibt; wenn er selbst ein Mitglied des Gerichts, wo die Entscheidungen vorgekommen sind, entweder noch, oder es gewesen ist, und wenn endlich solche durch den Druck bekannt gemachten Entscheidungen hinlänglich zur Notiz des Gerichtshofes gekommen sind, welcher sie ertheilet hat. Wie könnten es Schriftsteller wagen, solche Erkenntnisse, ohne daß sie je existiret hätten, anzuführen, und wie leicht würde man ihnen ihre Unrichtigkeit zeigen können, wenn sie dergleichen unternommen hätten! So lange man also dieses nicht zeigen kann, sind die in Druckschriften öffentlich bekannt gemachten praeiudicia für genugsam erwiesen, und für hinreichend anzusehen, eine interpretirende Observanz dadurch darzuthun.

XLI Erörterung.

Was sind Burgfesten, und was für Arten der Dienste gehören zu denselben?

Die Burgfesten gehören zu den außerordentlichen gutsherrlichen Frohnen, a) und ihre Benennung zeigt deutlich, daß, ursprünglich, und nach dem eigentlichen Sinne des Worts, dadurch nur diejenigen Dienste der Gutsleute verstanden worden sind, welche dem Bau, der Erhaltung und der Befestigung einer Burg oder Feste gewidmet waren. b) In

a) Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 496.

b) HELFELD Repertor. Jur. priv. voce. Burgfeste. DE SELCHOW Jus German. §. 228. DE PUFENDORF Animadvers. 28.

In den Zeiten des Faustrechts fanden sich alle Fürsten, Grafen und Herren genöthigt, ihre Wohnungen zu befestigen, und Burge daraus zu machen. Den Unterthanen, welchen es gewöhnlich frei stand, bei einem feindlichen Ueberfall, mit ihren Sachen auf die Schlösser und Burgen zu fliehen, gereichte die Befestigung zur Sicherheit, und sie konnten daher nicht verweigern, die dazu erforderlichen Dienste zu leisten. c)

Der ursprüngliche Begriff von Burgfesten ist aber für unsere jetzigen Zeiten unpassend und zu eingeschränkt geworden. Wollte man die Burgfesten noch gegenwärtig bloß als Befestigungsdienste betrachten; so würde, nach Abschaffung des Faustrechts, und nach Einführung der jetzigen Landeshoheit, keine Privatperson, die eine ehemalige Burg besitzt, weiter befugt seyn, dergleichen Dienste zu verlangen, welches doch der täglichen Erfahrung widerspricht. Selbst dem Landesherrn, der jetzt allein das Recht besitzt, Festungen zu erbauen, würden die Burgfesten nur in seltenen Fällen zu Nutzen kommen, weil selbige, ihrer Natur nach, zu dem Bau der gegenwärtigen großen Landesfestungen, so wenig gehören, als hinreichen. d) Mit so viel Zuverläßigkeit man es solchemnach annehmen kann, daß mit Veränderung der Zeiten und Umstände der Begriff von Burgfesten sich erweitert hat; so unzuverläßig und zweifelhaft ist doch eine allgemeine Bestimmung darüber, wie weit sich eigentlich die jetzt eingetretene Ausdehnung der ursprünglichen Beschaffenheit jener Dienste erstrecket?

Ein

c) Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. Bed. 143.

d) Runde a. a. O. §. 493. Struben a. a. O.

Ein allgemeines Gesetz, welches diesen Gegenstand für ganz Deutschland entschiede, fehlt gänzlich, und man muß daher, bei der Beurtheilung der über den Umfang der Burgfesten vorkommenden Streitfälle, auf den Inhalt vorhandener Verträge, auf die Bestimmung besonderer Landesgesetze, oder auf das Herkommen eines jeden Orts Rücksicht nehmen; und ist durch keines dieser Stücke eine befriedigende Auskunft zu erlangen, so bleibt endlich nichts weiter übrig, als den streitigen Fall, nach allgemeinen, aus der Billigkeit, und der Vergleichung ehemaliger und jetziger Verhältnisse hergenommenen Gründen, zu entscheiden.

In den Churbraunschweigschen Landen ist keine allgemein geltende Bestimmung über die Gränzen der Burgfesten vorhanden, obgleich die besondern Gesetze einiger Provinzen diesen Gegenstand berühren.

Im vorigen Jahrhundert beschwerten sich die Stände der Grafschaft Hoya darüber, daß die von den gesammten Unterthanen, und also auch von ihren Gutsleuten, an die Aemter zu leistenden Burgfestdienste, von den Beamten zur Ungebühr, und zu andern Dingen als wozu sie von Alters her eigentlich gewidmet wären, und es die Eigenschaft dieser Dienste mit sich bringe, gebraucht würden. Um allen dieserhalb zu besorgenden Beschwerden vorzukommen, ward im §. 17. des Hoyaischen Landtagsabschiedes vom Jahre 1697 festgesetzt: daß hinführo sämmtliche Unterthanen, ohne Unterschied, wem sie als Gutsleute angehören, an die Aemter, worunter ein jeder gesessen, jährlich nur 4 Tage zu Burgfesten zu dienen hätten, dagegen aber nunmehr, da die Dienste auf gewisse Tage reducirt worden, den Aemtern frei bleibe,

be, solche wozu sie wollten anzuwenden. Die Landschaft erhielt hierbei wörtlich folgende Versicherung:

„Daß wir, unter dieser Verordnung und Vergleichung alle diejenigen Dienste, welche die Unterthanen bei den, bei den Aemtern in beiden Grafschaften befindlichen Schlössern, und deren Brücken, Wällen, Graben, Thoren, imgleichen Amt- und Zollhäusern, Vorwerken, Schäfereien, Gärten, Mühlen, und andern dazu gehörigen herrschaftlichen Häusern und Gebäuden, wie auch bei ein und andern befindlichen Zäunen, zu Burgfesten bisher leisten müssen, begriffen, also dieselben von wegen der Aemter und der dabei bestellten Beamten inskünftig mit solchen Diensten, bei Ableistung der obgesetztermaßen verglichenen 4 Burgfesttage oder Entrichtung des dafür stipulirten Dienstgeldes darüber nicht beschweret, noch ihnen selbige unter einem andern Vorwande oder Namen weiter als hierdurch verglichen worden, angemuthet werden sollen. e)

In dem §. 13. der Lüneburgischen Landesresolution vom 20sten November 1686 kömmt wegen der Burgfesten bloß die Versicherung vor: daß die Unterthanen, welche selbige zu leisten schuldig sind, damit nicht übernommen werden sollen, f) und in der, den Lüneburgischen Landesordnungen angehängten, Erklärung einiger veralteten und unbekannt gewordenen deutschen Wörter wird bei dem Worte: Burg, am Schlusse gesagt: Anjetzo werden diese

 Art

e) Churbraunschweigsche Landesordnungen Zelleschen Theils, Cap. 9. S. 80.

f) Angeführte Landesordn. S. 35.

Art Dienste, — die Burgfesten — nach dem Herkommen jeden Orts, zum Bau und Unterhaltung der herrschaftlichen Gebäude angewendet.

Endlich ist in dem Hannöverschen Landtagsabschiede vom 3ten April 1639 wegen des vorseyenden Gegenstandes weiter nichts enthalten, als die sehr unbestimmte Verordnung: daß die besagten Dienste zu keiner andern Arbeit als zu den Burgfesten gebraucht werden sollen. g) Aus diesen Gesetzstellen kann keine allgemeine landesherrliche Bestimmung, oder der Beweis eines durchgängigen Herkommens in hiesigen Landen, wegen der Gränzen der Burgfesten hergenommen werden. Der Landtagsabschied von 1697, der allein genau bestimmt, was für Dienste als Burgfesten geleistet werden sollen, betrift bloß die Grafschaft Hoya, und entscheidet für die Fürstenthümer Lüneburg, Calenberg, Grubenhagen und die Herzogthümer Bremen und Verden nichts, weil es hinlänglich bekannt ist, wie wenig die für eine Provinz hiesiger Lande ertheilte Verordnung in den andern Provinzen verbindende Kraft hat, wenn dieselbe nicht ausdrücklich auf letztere mit ausgedehnt ist. Es würde auch der Schluß höchst fehlsam seyn, daß, weil die Hoyaischen Unterthanen die im Landtagsabschiede von 1697 namhaft gemachten Dienste vormals zu Burgfesten geleistet haben, diese Dienste auch wirkliche Burgfesten sind. Der Landtagsabschied zeigt, daß eben darüber von den Hoyaischen Landständen Beschwerde geführt ward, daß die Burgfestdienste von den Beamten zur Ungebühr und zu andern Dingen als

wozu

g) Churbraunschw. Landesordn. Calenberg. Theils, Cap. 8. S. 80.

wozu sie eigentlich gewidmet wären, gebraucht würden, und daß die Stände, nur vergleichsweise, den namhaft gemachten und von den Beamten eingeführten Dienstmißbrauch sich ferner in der Hinsicht gefallen ließen, daß die vorhin, in Betracht der Zeit, ungemessene Burgfesten durch die Verordnung auf 4 Tage im Jahr eingeschränkt wurden. Die übrigen Verordnungen schweigen über die Arten der zu den Burgfesten zu rechnenden Dienste gänzlich. Von einer dieserhalb existirenden allgemeinen Observanz ist darin gar nicht die Rede, und es wird bloß gesagt, daß es mit den Burgfesten nach dem Herkommen eines jeden Orts gehalten werden solle.

Bei diesem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung müssen die in hiesigen Landen außerhalb der Grafschaft Hoya vorkommenden Streitigkeiten wegen der Burgfesten, wenn kein besonderes Herkommen erwiesen werden kann, nach allgemeinen, aus der Vergleichung ehemaliger und jetziger Verhältnisse hergenommenen Billigkeitsgründen beurtheilt werden. Geht man hierbei auf die Ursache zurück, weshalb der Begrif von Burgfesten in unsern Tagen von den ältern Zeiten abweicht; so besteht diese unstreitig darin, daß, nach Abschaffung des Faustrechts nach veränderten Verhältnissen der Landesherrn zu den Unterthanen und nach Vervollkommnerung des Krieges und Befestigungswesens, die ehemalige Menge der Burgen und festen Schlösser eingegangen ist; daß die vormaligen furchtbaren Sicherungsanstalten zu nutzbaren, friedlichen Wohnungen umgeschaffen sind; und daß demunerachtet die Unterthanen dadurch nichts verlohren haben, indem jetzt auf eine weit bessere Weise für die Siche-

rung ihres Eigenthums gesorgt ist, welche vormals durch die Erbauung und Unterhaltung jener Burgen mitbezweckt ward.

Hieraus folgt nach aller Billigkeit, daß da, wo sich ehemals Burgen und feste Schlösser befanden, zu deren Befestigung Burgfestdienste geleistet werden mußten, die Unterthanen und Dienstleute sich nicht entlegen können, auch jetzt zu der Erbauung und wesentlichen Unterhaltung derjenigen unbefestigten Gebäude, welche an die Stelle der alten Burgen getreten sind, die erforderlichen Dienste zu leisten, weil widrigensfalls die Unterthanen den Vortheil der Sicherheit, den sie durch die alten Burgen erhielten, genießen würden, ohne die ehemals dafür übernommene Beschwerde der Burgfesten zu tragen. Nur diejenigen Bau- und Reparationsdienste können aber billig als Burgfesten von den Unterthanen gefordert werden, welche an den Gebäuden vorfallen, die geradezu in die Stelle der alten Burgen getreten sind; und keinesweges sind die Burgfesten, der Regel nach, auf den Bau sämmtlicher herrschaftlichen oder gutsherrlichen Gebäude zu erstrecken, die außerhalb des Orts liegen, der die ehemalige Burg ausmachte. b)

Außer der Bestimmung ausdrücklicher Verträge oder eines besondern Herkommens ist kein zureichender Grund vorhanden, weshalb Dienste, die, nach ihrer ursprünglichen Beschaffenheit, in so enge und bestimmte Gränzen eingeschränkt waren, gegenwärtig auf eine ihrer ersten Bestimmung

b) Berlich P. 2. Concl. 65. Nro. 6. Carpzov jurispr. Foren. P. 2. Const. 52. Def. 6. Leyser Spec. 665. Medit. 17 et 18.

mung widersprechende und für die Dienstleistenden so drükkende Art ausgedehnt seyn sollten.

Das Königl. O. A. Gericht nahm diese Grundsätze bei Entscheidung des Rechtsstreits in Sachen des Anwaldes des Amts Lachem wider die sämmtlichen Unterthanen besagten Amts an, und es ward, durch die Sentenzen vom 4ten Decemb. 1784 und 15ten December 1792 folgendermaßen rechtskräftig erkannt:

„Nachdem die Appellanten von Leistung des ordinairen Herrendienstes, da sie dafür jährlich ein gewisses Dienstgeld in die Amtsregister bezahlen, befreiet sind, zu Burgfestdiensten aber, die Behuf Erbauung eines Försterhauses zu Hemeringen ihnen angemuthete Hand- und Spanndienste überall nicht gezählet werden mögen; so sind die bei Unserm Hofgerichte zu Hannover abgegebenen Bescheide dahin abzuändern, daß Appellanten mit solchen zur Ungebühr von ihnen geforderten Diensten zu verschonen.“

XLII Erörterung.

Baudienste und Haushaltsdienste.

Wenn die Hand und Spanndienstpflichtigen nur zu einer gewissen Art von Diensten, entweder nur zu Bau-, oder nur zu Haushaltsdiensten verbunden sind, und es entstehet darüber Streit, was zu jenen oder diesen gehöret, alsdann ist,

wegen

wegen der für die natürliche Freiheit streitenden Vermuthung allezeit anzunehmen, daß die besondere Gattung schuldiger Dienste in ihre engsten Grenzen einzuschränken und alles dasjenige davon auszunehmen sey, was der gemeine Sprachgebrauch unter der Benennung gewöhnlich nicht begreift. a)

Dieser Grundsatz findet sowohl bei Bau- als Haushaltsdiensten seine völlige Anwendung, so, daß im Zweifel jene nur Behuf wirklicher Gebäude, diese aber nur Behuf der Oeconomie und zur Gewinnung der Erzeugnisse und Naturproducte, ingleichen zur nothwendigen Cultur der bereits artbaren Ländereien, gefordert werden können.

Die meisten Rechtsgelehrten schränken daher die Baudienstpflicht nur auf gedachte Gebäude ein, wo nicht ein anderes erweislich hergebracht ist; weil dergleichen Dienste odiös und daher einzuschränken sind. b) Selbst die geständige ungemessene Baudienstpflicht ist also nicht auf das Anfahren der Zaunpfähle, des Zaunholzes, des Rickwerkes, der Planken, Handweiser, Schlagbäume, Brücken, Stege auf Aeckern oder Wiesen u. s. w. zu erstrecken. c) Ja, viele Rechtsgelehrte sind so strenge, daß sie selbst die Herbeischaffung des umgehenden Mühlenzeuges, d) und die Hinwegschaf-

a) Frommann de subditor. maxime rusticor. oper. § 7. Leyser Sp. 417. m. 1. Kind. quaestiones forenses (Lips. 1792.) cap. 80. Gmelin und Elsässers jurist. Beobachtungen. B. V. No. 11.

b) Grollmann de operar. mutat. d. 1. c. 2. §. 4. Pet. Müller de aedif. praed. nobil. c. 2. §. 12.

c) **Wiesand** jurist. Handb. vom Baudienste. **J. G. Struv** rechtl. Erklär. deutscher Wörter v. Baufuhren.

d) **Wehner** v. Baufuhren.

schaffung des Kummers oder Bauschuttes e) nicht mit zu den Baudiensten rechnen wollen.

Wenn demnach die Unterthanen nicht allgemein zu allen, sondern nur zu der einen oder andern besondern Gattung von Diensten verpflichtet sind und man verlangt solche Dienstleistungen von ihnen, welche der Sprachgebrauch so wenig darunter zu begreifen pflegt, als wenig der Natur der Sache nach die angemutheten Dienste zu der Species operarum zu rechnen sind, welche sie zu leisten haben; alsdenn können sich die Dienstpflichtigen mit der actione negatoria vertheidigen und der Beklagte muß erweisen, daß sie auch zu den geforderten Diensten herkommlich verpflichtet sind. Eben so wenig kann den sämmtlichen Dienstpflichtigen dadurch eine Dienstbarkeit auferlegt werden, wenn etwa einige aus ihren Mitteln solche Dienste, die nicht eigentlich zu der besondern Art schuldiger Dienste gehören, verrichtet haben sollten; es könnte denn von dem Dienstherrn gezeigt werden, daß auch diese Dienste der Reihe nach auf die gewöhnliche öffentliche Weise wären angesagt und unweigerlich verrichtet worden.

XLIII

e) Berlich P. II. concl. 65. n. 7.

XLIII Erörterung.

Von der iurisdictione communitatis.

Unter der iurisdictione communitatis verstehet man den Inbegriff gewisser Rechte, welche in Gemeindesachen und über die zu einer Gemeinde gehörigen Personen ausgeübt werden, und sie erstreckt sich mithin im allgemeinen entweder auf alle, oder nur auf besondere Gegenstände, die auf das Wohl und die Glückseligkeit der Gemeinde, in der einen oder andern Rücksicht, Einfluß haben.

In Ansehung der Rechte, welche damit verbunden sind, läßt sich keine allgemeine Regel bestimmen. Sie ist nach der Provincial- Local- und Gerichtsverfassung verschieden und man muß daher in einzelnen vorkommenden Fällen immer hauptsächlich auf Verträge, unbestrittenes Herkommen und den Besitzstand Rücksicht nehmen. a) Inzwischen läßt sich überhaupt wohl so viel davon anführen:

1) Daß mit der iurisdictione communitatis keine eigentliche richterliche Gewalt, kein Gerichtszwang, verbunden ist;

2) Daß zur Ausübung derselben keine wahre Jurisdiction erfordert wird;

3) Daß sie keine Untersuchung streitiger Rechtshändel, selbst nicht über Gemeindesachen, deren Entscheidung und Vollstreckung, in sich begreift;

4) Daß

a) HILDEBRAND in disp. de iurisdict. emphyteusi Germ. annexa cap. III. §. 7.

4) Daß von derselben alle Civilsachen, welche die Concurrenz des eigentlichen Richters erfordern, z. E. Bevormundungen, Bestätigung der Contracte, Ehestiftungen u. s. w.; ingleichen alle Fälle, welche in die Criminalität einschlagen, ausgenommen sind; denn diese gehören vor die ordentliche Amts- und Gerichtsobrigkeit;

5) Daß dieselbe überhaupt weit geringere Befugnisse in sich faßt, als sonst die richterliche Gewalt enthält.

Dahingegen pflegen folgende Gegenstände zu der iurisdictio communitatis gerechnet zu werden:

a) Eine gewisse Policei-aufsicht über Gemeinde-Gegenstände;

b) Die Anordnung und Aufsicht über Gemeinde-Güter, z. E. in Absicht der Benutzung der gemeinen Hut und Weide, der Gemeinde-Hölzer, Mastung, Torfstich, Plaggenhieb u. s. w.

c) Die Einforderung und Erhebung der Gemeinde-Anlagen und Lasten, z. B. der Contribution, Häuslingsgelder, des Hirtenlohns u. s. w.

d) Das Ansagen der Nachbarreihe z. E. zur Wegebesserung, Diensten, Frohnen, Landfolgen u. dergl.

e) Die Ansetzung der Hirten, Nachtwächter, Flurschützen u. s. w.

f) Die Bestrafung begangener Frevel in Gemeinde-Angelegenheiten mit geringen Geldbußen, z. B. bei Holzentwendungen, unerlaubter Benutzung der Hut und Weide u. s. w.

g) Daß Pfandungsrecht und Auspfandungsrecht wider solche, welche mit der Zahlung säumig sind, die Gemeinde-Anordnungen übertreten u. dergl. *)

h) Die Ausübung dieser Befugnisse der Gemeinde, durch ihre Dorfschulzen, Geschwornen, Rathmänner, oder welche Benennung sie sonst nach dem Herkommen der Gemeinde führen mögen. **)

Alle diese und ähnliche Gegenstände setzen, ihrer Natur nach, weder eine wahre Jurisdiction voraus, noch erfordern sie eine richterliche Gewalt und einen wahren Gerichtszwang. Es ist vielmehr ein bloßer Schatten von Gerichtsbarkeit, welchen die Gemeinde über die dazu gehörigen Personen, durch ihre Schulzen, Vorsteher, Geschwornen, ausüben läßt, b) und es kann mithin ein solches exercitium iurisdictionis, in soweit es rechtlich hergebracht ist, ohne allen Eintrag der ordentlichen Ortsobrigkeit, c) gar wohl ausgeübt werden.

Da die iurisdictio communitatis keine richterliche Gewalt in sich begreift, so verstehet es sich auch von selbst, daß, wenn ein Mitglied der Gemeinde z. E. behauptet, nichts

*) M. s. Statut und Ordnung des Raths der Stadt Zelle. Art. 3. §. 2. in A PUFENDORF observ. iur. univ. Tom. I. opp. p. 230.

**) A PUFENDORF Tom. III. obs. 96.

b) FRITSCH de statu ac iur. pagor. Germ. cap. 12. n. 9. Gabkens Grundsätze des Dorf- und Bauernrechtes §. 18. und die daselbst angef. Schriften.

c) PUFENDORF Tr. de iurisdict. germ. P. III. Sect. 1. cap. 1. §. 2.

nichts unerlaubtes in Gemeindesachen unternommen, die Hut und Weide ordentlich benutzt, das Holz mit Recht gehauen, die Gemeindelasten abgeführt zu haben u. dergl. mit einem Worte, wenn die causa contentiosa wird, alsdann nur der ordentliche Richter den Streit untersuchen, entscheiden und zur Vollstreckung bringen kann; denn in allen Fällen, wo die Gemeindeangelegenheiten streitig gemacht werden, ist die Gemeinde, oder deren Vorsteher, als Parthei zu betrachten. Auf gleiche Weise bleibt den Gemeindemitgliedern, welche sich durch die Auspfandung, auferlegte Geldbuße in Wrogensachen und bruchfälligen Vergehen u. dergl. beschwert zu seyn erachten, allezeit der Recurs an die ordentliche Gerichtsobrigkeit offen. Es ist vorhin schon bemerkt, daß die mit der iurisdictione communitatis verbundenen Rechte nicht überall die nemlichen sind. In jeder Gemeinde sind sie entweder ausgedehnter oder eingeschränkter, und bei dem Mangel einer allgemeinen Regel muß in jedem einzelnen Falle der Beweis des Herkommens und Besitzstandes entscheiden. In Franken ist die iurisdictio communitatis, Gemeindeherrschaft, Gemeinderecht, sehr gewöhnlich und die damit verbundenen Rechte sind von großem Umfange. d) In Niedersachsen und insonderheit im Lüneburgischen sind aber viele der dahin zu zählenden Rechte der ordentlichen Amts- oder Gerichtsobrigkeit beigelegt und nur hin und wieder finden sich einzelne Dörfer und Flecken, in welchen die iurisdictio communitatis,

 über

d) M. s. davon: Christ. Wilh. Teuffel disp. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis Alt. 1719. **Estors** kleine Schriften B. III. S. 394. **Siekenkees** Beiträge zum deutschen Rechte Th. I. n. 7. **Glück** ausführl. Erläuterung der Pandecten, §. 201.

über den einen oder andern vorhin angeführten Gegenstand, hergebracht ist. e) Eine in hiesigen Landen gewöhnliche Art der iurisdictio communitatis machen die sogenannten Holzgerichte f) aus. Aber auch diese sind sich nicht einmal an allen Orten gleich und sind sehr von einander verschieden. Zuweilen untersuchen die Interessenten, Erbexen, Holtingsleute, g) unter Direction des ordentlichen Richters, die Holzwrogen, dictiren die Strafen und lassen sie beitreiben; zuweilen hat aber der ordentliche Richter dabei gar keine Concurrenz, sondern es stehet bloß der Recurs an ihn dem gravirten Theile offen. h) Ein anderes Beispiel gibt das bei Nienburg übliche Hag- oder Bruchhagengericht. i) Die Gemeinde Bergen und deren Rathmänner haben eine iurisdiction. communitatis hergebracht, welche sich auf Bestrafung geständiger Holzwrogen in der Berger Holzung auf Beitreibung jährlicher ständiger Gemeinheitsgefälle, an Grundzinsen und Häuslingsgelde und des geständigen rückständigen Hirtenlohns, vermittelst der Auspfändung, erstrecket. In Sachen Bergen g. die Amtsvoigtei Bergen in p. Auspfandungsrechtes, hat K. Justizcanzlei am 2ten Jul. 1788 darüber auf folgende Weise erkannt:

Nach-

e) Pufendorf a. a. O. §. 4.

f) Pufendorf a. a. O. cap. II. p. 638 seqq. und observ. iur. univ. Tom. I. obs. 233. Tom. II. obs. 60.

g) a Pufendorf Tom. II. obs. 60. §. 3.

h) Z. E. das Holzgericht zu Beber, Amts Lauenstein, wird blos von dem Prediger und Holzgeschwornen abgehalten.

i) S. davon Strubens rechtl. Bedenk. Th. 8. B. 93. und B. 95. S. 196.

Nachdem die Rathmänner der Gemeinde Bergen dasjenige, so ihnen zu erweisen nachgelassen und sie sich angemaßt, wie sie nämlich Kraft der ihnen zustehenden Aufsicht über die Gemeinheitsgüter und Angelegenheiten 1) die in der Berger Gemeinde Holzungen vorfallenden Holzwrogen zu untersuchen, zu bestrafen und die Geldbußen durch Auspfandungen beizutreiben; auch 2) wegen ständiger jährlichen Gemeinheitsgefälle der Grundzinse und 3) der für die gestattete Feuerung zu entrichtenden jährlichen Häuslingsgelder, die in Rückstand bleibenden Schuldner durch Auspfändungen zur Zahlung anzuhalten; ingleichen 4) den etwa rückständig bleibenden Hirtenlohn auf gleiche Weise einzufordern, nach unvordenklichem Herbringen wohl befugt, rechtlicher Gebühr zur Gnüge erwiesen; dahingegen alles, so reprobando vorgebracht, bloß die der Amtsvoigtei zuständige und von Klägern nicht bestrittene Oberaufsicht und wenn Jemand ad 1. durch die Einwrogung selbst oder das Quantum der angesetzten Geldbuße sich beschweret achtet; auch ad 2. 3. u. 4. entweder der Schuld überall nicht geständig ist, oder doch rechtliche Einwendungen zu haben vermeinet; mithin wenn überhaupt die Sache contentiös wird, oder Jemand über einen Exceß bei der Auspfändung klagt, mittlerweile richterliche Gewalt darstellt; jene untergeordneten Befugnisse der Kläger aber so wenig entkräftet, vielmehr die denselben obliegende Verwaltung und Berechnung der Gemeindegüter, Aufrechthaltung guter Veranstaltungen und Erhebung der Zinse vom Gemeindegrunde, auch Häuslingsgeldern dadurch merklich bestärkt wird; daß daher Kläger bei vorbemeldeten wohlhergebrachten Befugnissen ferner zu schützen und zu handhaben und bekl. Amtsvoigtei

voigtei sich aller fernern Beeinträchtigungen zu enthalten schuldig. Die Appellation des Anwaldes der Amtsvoigtei Bergen wider dieses Erkenntniß ward von dem K. O. A. Gerichte durch den Bescheid vom 16ten Februar 1789 abgewiesen.

Eine andere Art von Gemeinheitsjurisdiction ist im Dorfe Hänigsen hergebracht, vermöge welcher den dasigen Bauermeistern, Geschwornen und Rathleuten die Visitation nach unberinget in die Mastung, von den übrigen Interessenten, getriebenen Schweinen und deren Pfandung zustehet. Es ist dieserhalb von der Canzlei in Sachen der Eingesessenen zu Hänigsen Kläger, wider die Eingesessenen zu Obershagen Beklagte, in pto Pfandung unberingter Schweine im Hänigser Bruche, am 24sten Octob. 1796 auf folgende Weise rechtskräftig erkannt:

„Nachdem Kläger den ihnen vom Königl. Ober-Appellationsgerichte durch den Bescheid vom 1sten Febr. 1793 nachgelassenen Beweis, gestalten die Aufsicht über das Beringen [k]) der, in das Hänigser Bruch von sämmtlichen daselbst zur Hut und Weide berechtigten Gemeinen, eingetriebenen Schweine, mithin die dazu erforderliche Pfandung von Seiten der Dorfschaft Hänigsen nicht durch einzelne Mitglieder als Hütungs-Interessenten, sondern auf die von ihnen in deductione remedii restitut. in integr. angegebene Art, durch die Bauermeister, Geschworne und Rathleute, seit 30 und mehr Jahren, also aus-

k) Diese Operation bestehet darin, daß man den Schweinen Ringe von Drath durch den Rüssel ziehet, um dadurch das Umwühlen zu verhindern und beschwerlicher zu machen.

ausschließlich geführet, daß nicht nur die Beklagten, Eingesess. zu Obershagen, sondern auch sämmtliche übrigen im Hänigser Bruche zur Hut und Weide interessirten Gemeinden, selbst die mit eigenen besondern Achten versehenen Dorfschaften, Uetze, Wathlingen und Nienhagen, sich der Mitaufsicht und Pfandung im H. Bruche gänzlich enthalten, also von Klägern darunter in Rücksicht der Hut- und Weidegerechtigkeit in besagtem Bruche eine Species iurisdictionis communitatis durch rechtsverjährte Zeit geübt worden, zur Gnüge rechtlicher Gebühr vollführet; daß daher das erste von Beklagten aufgestellte gravamen für erheblich nicht zu achten — auch sich künftig aller dergleichen Eingriffe zu enthalten schuldig u. s. w."

XLIV Erörterung.

Von dem Nutzen der Denkmünzen bei dem Beweise in Rechtsstreitigkeiten.

Der Character einer wirklichen Münze oder des gangbaren Geldes bestehet vornehmlich in der Beibehaltung gleicher Form mehrere Jahre und Regierungen, oft so gar mehrere Jahrhunderte, hindurch; ingleichen in der größern Anzahl und der Angabe des Gehaltes derselben. Davon unterscheiden sich die Denkmünzen, Schaustücke oder Medaillen, die in geringerer Anzahl, meistens zur Vertheilung unter das Volk, um das Andenken einer gewissen Gelegenheit, oder eines besondern Vorfalles und Ereignisses auf die Nachwelt

zu bringen, geprägt werden. a) Ob die Materie derselben aus Eisen, Zinn, Blei, oder aus Gold, Silber und Kupfer bestehet, darauf kommt hier nichts an. Inzwischen verstehet es sich von selbst, daß die Denkmünze richtig und ächt seyn muß, welches mit Hülfe der Regeln der Kritik, Geschichte und Numismatik gezeigt werden kann.*)

Die Denkmünzen kann man in öffentliche und privat Denkmünzen eintheilen. Jene werden auf Befehl des Regenten oder der Regierung zum Andenken gewisser Begebenheiten geschlagen; diese aber lassen Privatpersonen in den Münzen zum Angedenken dieser oder jener Begebenheit prägen. Ob und in wie fern nun durch dergleichen Schaustücke der Beweis einer Thatsache geführet werden kann? Darüber dürften die Rechtsgelehrten eben so verschiedener Meinung seyn, als bei dem Beweise, der durch Inscriptionen b) geführet werden soll. Unstreitig können aber solche Denkmünzen zur Beweisführung gebraucht werden; weil sie unter die Documente eben sowohl gerechnet werden müssen, als Leichensteine, Inschriften und Wappen. c) Die Theorie des Beweises durch Urkunden und Documente findet also hierbei die vollkommenste Anwendung. Oeffentliche Schaumünzen machen plenam fidem, privat Schaustücke aber bewei-

a) Doctrina veterum nummorum a JOSEPHO ECKHEL P. I. Vol. I. Wienn. 1792. 4.

*) Beauvais Abhandl. wie man ächte alte Münzen von nachgemachten unterscheiden kann. Dresden 1792.

b) JO. FRID. EISENHART de auctoritate et usu inscriptionum in iure. Helmst. 1750. p. 15.

c) Klaproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proc. §. 230.

weisen wohl alsdenn vollkommen, wenn sie wider den, der sie hat prägen lassen, oder dessen Nachkommenschaft producirret werden; wenn selbige hingegen zum Behuf dessen, der sie hat schlagen lassen, oder dessen Nachkommen angeführet werden; alsdenn dürfte deren Beweiskraft geringer seyn; es müßte denn die Denkmünze etwa sehr alt seyn, oder Familiensachen, z. E. Geburts- und Todesfälle betreffen.

Ueberhaupt haben die Denkmünzen sowohl im Staats- als Privatrechte ihren Nutzen. d) Man kann daraus die Titel, Geburts- und Sterbetage, die Rechtmäßigkeit einer Heirath, die eheliche Geburt, den Ursprung gewisser Rechte und Befugnisse und andere Dinge und Thatsachen mehr erweisen. Wenn z. B. Jemand im Jahr 1740 umgekommen wäre und man hätte keine vollständige Nachricht von der Todesart desselben, so würde man die Vermuthung, daß er entweder erfroren oder in den Fluthen umgekommen sey, wenn der Gegentheil, bei der Notorietät der ganz außerordentlichen Kälte und großen Wassersnoth in besagtem Jahre, dennoch diesen Thatumstand bezweiflen wollte, solche Thatsache durch die auf diese Begebenheit öffentlich geprägte Denkmünze, erweisen und die Vermuthung der Todesart dadurch zu einem hohen Grade der Gewißheit bringen können.

d) Hommelii iurispr. numismatibus illustrata. Lips. 1763. 8.

XLV Erörterung.

Von den wider die Erkenntnisse des O. A. Gerichts zustehenden Rechtsmitteln.

I.

Wider die Erkenntnisse des O. A. Gerichts finden nur zwei Rechtsmittel, das Remedium restitutionis in integrum, und die Querela nullitatis Statt. Beide, an gleiche Fatalien gebundene, Rechtsmittel a) können zwar mit einander cumulirt werden, jedoch schließt die unbedingte Erwählung des einen den Gebrauch des andern völlig aus. b)

Die Querela nullitatis unterscheidet sich von dem Remedio restitutionis in integrum bloß dadurch, daß bei jener durchgängig das Erkenntniß als völlig ungültig und bestimmten Rechten zuwider angefochten, und die behauptete Nichtigkeit aus dem vorigen Sachverhältnisse deducirt; bei diesem aber die Rechtsgültigkeit des Erkenntnisses anerkannt, und die Abänderung desselben nur aus nicht ganz zweifelfreien Rechts

a) Die O. A. G. Ordnung bestimmt, daß der Implorant oder Querulant sein Rechtsmittel in der, auf die Eröfnung oder Wissenschaft des gravirenden Erkenntnisses **nächstfolgenden** *Juridica*, wenn nämlich bis dahin volle vier Wochen übrig sind, einwenden und ausführen soll. Wenn indeß der Implorant verhindert wird, binnen der vorgeschriebenen Zeit die Rechtfertigung einzubringen; so kann er um eine Frist bitten, die alsdann nicht blos einmal, sondern, wenn die Verhinderungen bescheiniget werden, auch wohl zum zweiten und drittenmale, nach Beschaffenheit der Umstände und dem Ermessen des Gerichts ertheilt zu werden pflegen.

b) **O. A. G. Ordnung** Th. 2. Tit. 14. §. 1. DE PUFENDORF Tom. 4. Observat. 225.

Rechts- und Billigkeitsgründen nachgesucht wird, welche Gründe indessen, in den gleich unten näher berührten Fällen nicht anders zugelassen und attendirt werden, als wenn sie aus neuen, bis dahin in den Acten noch nicht vorgekommenen Thatumständen hergenommen sind. In diesem Unterschiede ist auch ohne Zweifel der Grund zu suchen, weshalb blos bei der Nichtigkeitsbeschwerde der Querulant und desselben Sachwald mit einer Geldbuße, oder nach Beschaffenheit der Umstände mit einer andern exemplarischen Strafe belegt werden, wenn die behauptete Nichtigkeit nicht hinlänglich gezeigt worden ist. c)

2.

Die verschiedene Art der Erkenntnisse, gegen welche das Remedium restitutionis in integrum eingewandt werden kann, bewürkt bei diesem mehrere wesentliche Unterschiede und Abweichungen. Wenn das Rechtsmittel wider Sentenzen gebraucht wird, die in der Appellations-Instanz nach erkannten Processen und ohne vorgängige wechselseitige Verhandlung der Sache bei dem O. A. Gerichte ergangen sind; so kann dasselbe schlechterdings nicht anders als dadurch begründet werden, daß der Implorant zur Rechtfertigung seiner Causalien oder Restitutionsbeschwerden, neue, bis dahin noch nicht in den Acten vorgekommene erhebliche Thatumstände beibringt, und zugleich glaubhafte Ursachen anzeigt, warum er diese Umstände nicht früher hat anführen können. d)

c) O. A. G. O. Ordnung a. a. O. §. 3.

d) O. A. G. Ordnung a. a. O. §. 2.

Der Implorant muß sich in diesem Falle zum Juramento malitiae erbieten, welches jedoch nach einem langjährigen Gerichtsgebrauche gewöhnlich nicht würklich abgenommen, sondern alsdann, wenn ein abänderndes Erkenntniß erfolgt, in diesem für abgeleistet angenommen wird, so wie denn auch bei dem entgegengesetzten Ausgange der Sache nach demselben Gerichtsgebrauche der Implorant und dessen Sachwald, mit der in der O. A. G. Ordnung angedrohten Bestrafung, der Regel nach, verschont bleiben.

Nur einmal kann das Rechtsmittel, von dem hier die Rede ist, von derselben Parthei gebraucht werden, e) auch hat dasselbe regelmäßig keinen Effectum suspensivum. Die Vollstreckung der angefochtenen Sentenz wird ausnahmsweise blos in den beiden Fällen aufgehalten, wenn entweder der gewinnende und in hiesigen Landen unangesessene Theil nicht im Stande ist dem Imploranten für den Erfolg einer Abänderung hinlängliche Sicherheit zu leisten, oder, wenn, nach der Ermäßigung des O. A. Gerichts, die Sache von der Beschaffenheit ist, daß sie, nach Vollstreckung des Erkenntnisses, nicht füglich wieder in den vorigen Stand gesetzt werden kann. f)

3.

Eine ganz andere Bewandniß hat es mit dem Remedio restitutionis, wenn dasselbe gegen die beim O. A. Gerichte in erster Instanz ergangene Sentenzen und Bescheide, oder auch gegen solche Sentenzen gebraucht wird, die zwar in der

e) DE PUFENDORF Tom. 3. Observat. 151.

f) O. A. G. Ordnung a. a. O. §. 4.

der Appellations-Instanz, jedoch erst nach vorgängiger gegenseitigen Sachverhandlung vor dem O. A. Gerichte erfolgen, und in welchen auch solche Gegenstände mit entschieden werden, die bei dem vorigen Richter entweder gar nicht, oder doch nicht in dem Maße zur Ausführung gekommen sind, daß darauf ein endliches Erkenntniß hat gebauet werden können.

In diesen Fällen tritt das Rechtsmittel völlig in die Stelle der bei andern Gerichten gebräuchlichen Supplication oder Leuterung, und gleicht diesen in den wesentlichsten Stükken. Es ist dasselbe zwar auch hier nur einmal bei jeder Parthei über einen und denselben Gegenstand zuläßig; allein es bedarf zu seiner Begründung nicht des Anführens neuer Thatumstände, sondern die aufgestellten Beschwerden oder Causalien können lediglich aus bereits vorhin vorgekommenen, oder nun anzuführenden Rechts und Billigkeitsgründen deducirt werden. Der Implorant braucht sich nicht zum Juramento malitiae zu erbieten; die fruchtlose Einwendung wird, selbst nach dem Inhalte der O. A. G. Ordnung mit keiner Geldbuße geahndet, und das Rechtsmittel hält bis zu seiner völligen Erledigung die Vollstreckung des letzten Erkenntnisses auf.

4.

Mit der ebenberührten Art des Remedii restitutionis in integrum hat dasjenige Beneficium große Aehnlichkeit, welches gegen abschlägige Bescheide oder abändernde Rescripte Statt findet, die auf eingebrachte Appellationen und Nichtigkeitsbeschwerden entweder sofort, oder nach Einsicht der

Acten

Acten der vorigen Rechtsgänge erfolgen, ohne daß vorher Processe erkannt worden sind.

Daß abändernde Rescripte nicht füglich ohne Hinzufügung der untergelegten Entscheidungsgründe erkannt werden können, versteht sich wohl von selbst, und in Betref der, auf die Appellations- und Nichtigkeitsbeschwerden wider die Erkenntnisse der Unterrichter, erfolgenden abschlägigen Bescheide, ist das O. A. Gericht durch gesetzliche Vorschrift verbunden, darin die vorzüglichsten Gründe des erkannten Abschlages, und die, der Rechtfertigung der Beschwerden, etwa entgegenstehenden Mängel auszudrücken. g) Sowohl der appellirende Theil als desselben Gegner ist befugt, binnen der, bei dem Remedio restitutionis in integrum überhaupt vorgeschriebenen Nothfrist, die solchergestalt aufgestellten Entscheidungsgründe des O. A. Gerichts zu widerlegen, die vorgerückten Mängel zu ergänzen, und auf die Weise eine Abänderung des erlassenen Bescheides oder Rescripts nachzusuchen. h) Zur Begründung dieses anderweiten Vortrages, den man richtiger: Verbesserung des Appellationslibells, oder Widerlegung der gebrauchten Entscheidungsgründe, als Remedium restitutionis in integrum benennen würde, ist so wenig das Erbieten zum Juramento malitiae, als das Anführen neuer Thatumstände erforderlich; auch hat das Beneficium unstreitig die Suspensivwürkung. Eine ausdrückliche Vorschrift über

g) O. A. G. Ordnung Th. 2. Tit. 3. §. 3. Verbesserte Einrichtung des O. A. Gerichts von 1733. §. 4.

h) O. A. G. Ordnung a. zuletzt a. O.

über diesen letzten Gegenstand ist zwar nicht vorhanden. Da indessen die Einbringung des verbesserten Vortrages nur als eine Fortsetzung der abgeschlagenen Appellation betrachtet werden kann und muß; so ist diesem Beneficio billig der Effectus suspensivus in allen solchen Fällen beizulegen, wo die Appellation die Suspensivkraft hat. i) Der Gerichtsgebrauch des höchsten Tribunals ist dieserhalb außer Zweifel, und es ward daher in Sachen des Candidati juris Müder wider die Erben der Müderschen Vormünder, weil. Bürgermeisters Bösche und Cons. in pto gestae tutelae, am 2ten Novemb. 1789, folgendes Rescript an die Königl. Justizcanzlei zu Zelle erlassen:

Wir Georg der Dritte ꝛc.

„Der copeil. Anschluß des mehreren, was die Erben der weil. Müderschen Vormünder, Bürgermeister B. und Cons. zu L. Imploranten, wider den Candidatum juris J. C. Müder zu G. Imploraten in pto gestae tutelae, unterm 15ten Jul. a. c. bei Uns vorgestellet und allerunterthänigst nachgesucht. Wir haben nun zwar, auf die von den Imploranten am 17ten Jun. a. c. eingereichte Deductionem causalium unter dem heutigen dato, copeil. angeschlossenes Decretum inhaesivum abgegeben, mithin bleibt euch nunmehr unbenommen der angeordneten Commission ihren Fortgang zu lassen. Nachdem jedoch in der O. A. G. Ordnung P. 2. T. 3. §. 3. den Imploranten freigelassen ist, wenn ihre an Unser O. A. Gericht gebrachten Beschwerden verworfen worden, dage-

i) Klaproths Proceß §. 356 u. 357.

gegen annoch, vermittelst Einbringung verbesserter Narratorum weitere Vorstellung zu thun; in solchem Falle aber die Appellationsinstanz nicht eher, als bis über diese verbesserten Narrata gleichfalls ein Erkenntniß abgegeben worden, für erledigt zu achten ist, vielmehr bis dahin der Effectus suspensivus der Appellation, insofern nicht aus besondern Gründen dieser Effectus von Anfang an weggefallen, k) allerdings fortdauern muß; Als habt ihr in künftigen ähnlichen Fällen, wenn nämlich von den Imploranten bescheinigt wird, daß dieselben gegen die, bei Unserm O. A. Gerichte erkannte denegationem Processuum sich des Beneficii emendationis Narratorum bedienet haben, l) Falls jedoch überhaupt der Appellation der Effectus suspensivus angediehen, eure in erster Instanz abgegebene Erkenntnisse nicht eher zu vollstrecken, als bis auch über die verbesserten Narrata von gedachtem Unserm O. A. Gerichte eine Entscheidung erfolgt seyn wird. Hieran ꝛc.

Ad Mandatum etc.

Zweifelhafter ist es, ob eine zweite oder dritte Verbesserung des Vortrages oder Widerlegung der gebrauchten Entscheidungsgründe erlaubt sey und zugelassen werde?

Der

k) M. s. O. A. G. Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 5?

l) Gewöhnlich geschiehet diese Bescheinigung dadurch, daß die Imploranten ein Zeugniß des Botenmeister Amts O. A. Gerichts darüber beibringen, daß wider das Decretum denegatorium, das erwähnte Beneficium eingewandt, darauf aber noch kein endlicher Bescheid erfolgt sey.

Der erste Theil dieser Frage ist so wenig als der letztere gesetzlich entschieden. So viel kann man aber wohl mit Gewißheit annehmen, daß es weder der Absicht noch dem Sinne der O. A. G. Ordnung gemäß ist, durch diese Rechtswohlthat eine Verlängerung des Processes zu gestatten, und die Einbringung einer oft wiederhohlten verbesserten Geschichtserzählung zu erlauben. Wenn daher die Appellation deshalb abgeschlagen worden ist, weil die darin aufgestellten Behauptungen durch die angeführten Umstände nicht gehörig erläutert sind, auch dem Imploranten an die Hand gegeben worden ist, was er eigentlich zu suppliren habe, und es wird demuneracht, nach dem eingebrachten verbesserten Vortrage, der abschlägige Bescheid, ohne Hinzufügung neuer Entscheidungsgründe, bestätiget; so scheint eine weitere Emendation nicht zugelassen werden zu können, weil sonst der Proceß verlängert werden würde, und weil es dem Imploranten nicht frei stehen kann, etwa den einen Umstand nur zu erläutern, die übrigen aber in einer weitern Emendation erst aufhellen zu wollen. Eben dieses würde auch in Rücksicht der dem appellatischen Theile freistehenden Widerlegung der in einem erlassenen Rescripto de emendando gebrauchten Entscheidungsgründe statt finden, wenn nämlich diese Elisio rationum zum zweitenmale versucht wird.

Sowohl in ältern als neueren Zeiten ist es daher vom Königl. O. A. Gerichte verschiedentlich angenommen worden, daß eine zweite Elisio rationum, oder Emendatio narratorum, nur alsdann statt finde, wenn in dem Inhäsiv-Beschei-

scheide neue, vorhin noch nicht vorgekommene, Entscheidungsgründe ausgedrückt worden sind. m)

Es hat übrigens dieses Beneficium mit dem bei dem Reichs-Cammergericht üblichen Remedio novae supplicationis et ulterioris deductionis viel Aehnlichkeit. n)

XLVI Erörterung.

Nicht in allen Fällen kann der Landesherr vor seinen eigenen Gerichten belangt werden.

Zum Proömio der Ober-Appellations-Gerichtsordnung: Und damit ꝛc.

Auf ein Herkommen, das sich in verflossenen Jahrhunderten gebildet, und bis auf die neuesten Zeiten unverrückt erhalten hat, gründet sich der Satz: Daß die Landesherren von ihren Unterthanen bei ihren eigenen, nemlich Landesherrlichen, Gerichten belangt, und daß die Unterthanen ihre Streithändel mit ihrem Landesherrn vor selbigen ausmachen kön-

m) Conf. de Pufendorf Tom. 3. Observat. 151. Noch neuerlich ist, in Gemäßheit dieses Grundsatzes, eine zweite Emendatio narratorum in Sachen Wellbrok zum Teufelsmorr wider Wellbrok daselbst, wegen Altentheils, mittelst des Bescheides vom 24sten October 1797 verworfen worden.

n) M. s. Riedesel, Freiherrn zu Eisenbach Vorträge an den vollen Rath des Kaiserl. und Reichs-Cammergerichts, über einige wichtige Materien des Cammergerichtlichen Processes, Jena 1791. 8.

können. a) In unserm Lande, b) so wie in mehrern andern, z. E. in Churbrandenb. Chursächsischen, Baiernschen u. s. w. ist auch durch besondere Verträge und Landesrecesse vestgesetzt, daß in Streitigkeiten der Unterthanen gegen den Landesherrn, oder die Landesherrl. Cammer, die Landesgerichte selbst die Untersuchung und Entscheidung haben und die membra collegii in solchen Fällen ihrer Pflichten gegen den Landesherrn entbunden seyn sollen.

Inzwischen ist ehedem sowohl der obige Satz selbst, als auch besonders die Frage: welche Streithändel der Unterthanen gegen den Landesherrn zur Untersuchung und Entscheidung der Landesherrl. Gerichte gehören? immer einigen Widersprüchen unterworfen gewesen. c) Die Natur der Sache bringt es gleichwohl mit sich, daß jene Observanz nicht auf solche Fälle zu erstrecken ist, welche die Ausübung eines wesentlichen Landeshoheitsrechts, wo der Landesherr als Landesherr handelt, zum Vorwurf haben, sondern nur von solchen Streithändeln verstanden werden kann, wenn der Landesherr als privatus, ex iure privato in re oder ad rem, oder aber in Ansehung solcher Befugnisse und Re-

a) Pütter instit. iur. publ. §. 299. Dessen Rechtsfälle B. 3. Th. 1. S. 257.

b) Proömium der O. A. G. O. §. Und damit. Strube gründl. Unterricht von Regierungs- und Justizsachen §. 14. Gr. Frid. Martens diss. de foro S. R. principum cum subditis litigantium, Gött. 1790. Merkwürdige Reichshofraths Gutachten, mit Gesichtspuncten für den Leser, Th. 2. Frankf. 1793. Nro. XIV. Reuss teutsche Staatskanzlei, Th. 19. S. 177.

c) Pütters Rechtsfälle a. a. O. S. 259.

galien, welche auch Unterthanen zu besitzen fähig sind, von seinen Unterthanen belangt wird und wobei also der Gegenstand des Streites bloß das Privatinteresse des Landesherrn betrift.

Durch die Wahlcapitulation Leopold des Zweiten ist diese ganze Materie deutlich entschieden und jeder Zweifel und Widerspruch auf immer entfernt worden. In dem artic. XIX. §. 6. derselben wird der Unterschied gemacht, daß alle Privatsachen, wenn Landstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit — gegen den Landesherrn oder dessen Regierung — klagen, solche bei den ordentlichen Landesherrl. Gerichten entschieden werden sollen; bei andern Klagesachen aber, insonderheit wenn es die Landesherrliche Obrigkeit und Regalien, als: die iura collectarum, armaturae, (Unterhaltung und Verpflegung des Militärs) u. s. w. betrift, so sollen die Austräge in Acht genommen werden. d) In allen denen Fällen also, wo nicht von Privat-

d) C. F. Schmidt de foro principum a subditis conventorum austraegali, Tüb. 1791. Inzwischen würde dann doch immer eine Ausnahme von dieser reichsgesetzlichen Vorschrift statt finden, wenn der Landesherr in Landesversicherungen und Recessen sich ausdrücklich und positiv anheischig gemacht haben sollte, auch in solchen, die landesherrl. Hoheit und Regalien betreffenden, Sachen, sich der Entscheidung seiner eigenen Landesgerichte unterwerfen zu wollen; weil es selbst in der W. C. an der angeführten Stelle heißt: „oder ein anderes durch **Verträge mit den Landschaften und Obrigkeiten nicht bestimmt ist.**“ Dergleichen Landesrecesse und Observanzen, vermöge welcher Rechtsklagen der Landschaft, oder der Stände, Namens des Landes wider den Landesherrn, **über allgemeine Landesbeschwerden**, bei den Landesgerichten angenommen und entschieden werden könnten, sind im Fürstenth. **Lüneburg** nicht vorhanden; wenigstens leiden gewisse Stellen älterer Landesverträge, nach veränderter Rechts- und Gerichtsverfassung, keine solche Auslegung.

vatsachen die Rede ist, hat der Landesherr nur dasjenige forum anzuerkennen, welchem er, der Reichsverfassung nach, als Stand des deutschen Reichs unterworfen ist.

Die Worte der angeführten Stelle der Wahlcapitulation lauten dahin:

„Wenn auch Landstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit in Privatsachen, welche die Landesfürstliche Cammer betreffen, Klage führen; so sollen und wollen wir diese bei ihren ordentlichen Landesgerichten entscheiden lassen, weder den Reichsgerichten gestatten, über solche Klage in letzter Instanz, wenn privilegia de non appellando vorhanden sind, und darin kein ausdrücklicher Vorbehalt enthalten oder ein anderes durch Verträge mit den Landschaften und Obrigkeiten nicht bestimmet ist, zu urtheilen. Auch sollen und wollen wir bei andern Klagesachen der Landstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit, insonderheit, wenn es die Landesherrliche Obrigkeit und Regalien, sowohl überhaupt, als in Specie die iura collectarum, sequelae, Landesdefension, Besatzungen der Festungen und Unterhaltung der Garnison, nach Inhalte des Reichsabschiedes v. J. 1654 §. „Und gleichwie ꝛc. und dergleichen betrift, ad nudam instantiam subditorum, keine Mandate, oder Rescripte, welche Anordnungen in meritis causae enthalten, weder Ordinationen, noch protectoria oder conservatoria ertheilen, sondern nach Inhalt jetzt gedachten R. A. §. „Benebens sollen Cammerrichter ꝛc. und

und §. „was dann Churfürsten, Fürsten und Stän-
den ꝛc. zuvörderst die Austräge in Acht nehmen." e)

Ein neuerer Fall kann dieses alles noch mehr ins Licht setzen. Die K. Kriegscanzlei, welcher die Verpflegung der Armee verfassungsmäßig anvertraut ist, hatte wegen der Reuterspeisung verschiedene Anordnungen und Verfügungen getroffen, wodurch die Unterthanen sich beschwert erachteten und sich solcherhalb an K. Justizcanzlei wendeten. Beide Collegia communicirten darüber mit einander, und weil die Frage: ob der Gegenstand der Sache ein justizmäßiges Verfahren zulasse? sehr zweifelhaft schien; so ward beliebt, die Frage zur authentischen Declaration an des Königs Majestät gelangen zu lassen. Diese erfolgte darauf am 18ten Mai 1790. und sie verdient allgemeiner bekannt zu werden. Sie gehet dahin;

Georg der Dritte ꝛc. König ꝛc.

Unsern ꝛc. ꝛc.

Unsere Kriegs-Canzlei hat Uns diejenigen Verhandlungen zur Einsicht vorgelegt, welche über die zwischen ihr und Euch entstandene Verschiedenheit der Meinungen in Absicht der Frage gewechselt worden sind;

> ob die von den Unterthanen der Amtsvoigtei Bedenbostel über die von ihnen zu leistende Reuter-Speisung geführten Beschwerden zum förmlichen justizmässigen Verfahren bei Eurem Collegio sich qualificiren können.

Ihr

e) Danz Grundsätze des Reichsgerichts-Processes, §. 217.

Ihr wisset, wie sehr Wir, gleich Unsern glorwürdigsten Vorfahren an der Regierung geneigt sind, der Justiz ihren ungehinderten Lauf zu lassen, und nicht zu gestatten, daß Unsern Justiz-Collegiis in der freien Administration derselben im mindesten eingegriffen werde.

Bei der vorliegenden Sache kömmt es aber, nicht sowohl auf die allgemeine Frage;

ob die obige Beschwerde Unsrer Unterthanen der Amtsvoigtei Bedenbostel überall eine gerichtliche Cognition und Entscheidung zulasse;

als vielmehr allein und vorzüglich darauf an:

ob die Competenz Unsrer Landes-Gerichte so weit gehe, daß sie ermächtiget sind, dergleichen Beschwerden der Unterthanen zu ihrem rechtlichen Erkenntniß anzunehmen,

oder welches einerlei ist,

ob die Sache ihrer innern Beschaffenheit nach von der Art sey, daß die in den hiesigen Landen durch ausdrückliche Gesetze bestätigte Observanz, nach welcher deutsche Reichsstände in ihren Rechtshändeln mit ihren Unterthanen vor ihren eignen Landes-Gerichten Recht nehmen, mit Grunde darauf auszudehnen stehe.

Unsrer Kriegs-Canzlei ist die Pflicht, für die Bedürfnisse Unsrer zum Schutz des Landes dienenden Truppen verfassungsmäßig zu sorgen, von Uns anvertrauet worden.

Die Verfügungen, welche sie zu Erfüllung dieser Obliegenheit, es sey im allgemeinen oder in einzelnen Fäl-

len ergehen und durch die Unter-Obrigkeiten des Landes vollziehen zu lassen nöthig findet, sind durchaus als solche anzusehen, die an Unsrer Statt und vermöge des Uns unstreitig zustehenden Landes-Hoheits-Rechts in Militairsachen erlassen worden. Wenn demnach Streit darüber entstehet;

ob durch solche Verfügungen ein wahres ius tertii quaesitum wirklich verletzet werde;

so ist die Frage von der rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Ausübung eines wesentlichen oder unstreitigen Landeshoheits-Regals der eigentliche Vorwurf des Streits.

Ueber solche die landesherrlichen Hoheitsbefugnisse, deren rechtmäßige oder unrechtmäßige Ausübung betreffende, und die daraus zwischen Landesherrn und Unterthanen etwa erwachsenden An und Zusprüche zu urtheilen und Erkenntnisse abzugeben, stehet überall nicht in der Macht der Landesgerichte, als welches eine Abhängigkeit der Landeshoheit involviren würde, die so wenig mit der ganzen Reichsverfassung als mit dem Wesen der Landeshoheit und mit dem eignen Besten der deutschen Reichslande zu vereinigen stünde.

Wenn deutsche Landesherrn in Streitigkeiten mit ihren Landes-Unterthanen dem Erkenntniß ihrer eignen Landes-Gerichte, welche in so fern in die Stelle der reichsständigen Austrägal- und Reichsgerichte treten, durch eine beinahe allgemeine Reichs-Observanz sich unterworfen haben, so ist solches nur von solchen Fällen zu verstehen,

wenn sie als privati und ex iure privato in re oder ad rem oder doch in Ansehung solcher Befugnisse und

und Regalien, welche auch Unterthanen ex privilegio zu besitzen fähig sind, von ihren Unterthanen belanget werden.

Nie ist aber diese Observanz dahin ausgedehnet und dem eigentlichen reichsständischen foro deutscher Landesherren vor den Austrägal- und Reichsgerichten so weit entsaget worden,

daß den Landesgerichten frei stehen könnte, irgend einige Competenz auch in solchen Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Unterthanen sich zuzueignen, wobei der Grund der Beschwerde in der Art der Ausübung eines wesentlichen Landeshoheits-Rechts gesetzet wird, und wobei mithin die Entscheidung des Streits im Grunde lediglich von der Frage abhängt, ob solches reichsgesetz- und landesverfassungsmäßig ausgeübet worden sey.

Sehr bestimmt und deutlich sind die Erklärungen, welche Wir und Unsre Regierungsvorfahren hierüber in vorgekommenen Fällen Unsern Justiz-Collegiis zu ihrer Nachachtung eröfnet haben.

Sie sind namentlich und ausdrücklich dahin gerichtet;

daß die Unsern Landesgerichten beigefügte Jurisdiction nur auf causas privatorum und diejenigen Privat-Rechtshändel gehe, welche den Landesherrn selbst betreffen —

daß Unsere Justiz-Collegia in Regierungs- und solchen Sachen, wobei es auf die Ausübung Unsrer Lan-

Landesherrlichen Hoheitsrechte ankömmt, die Hände nicht einzuschlagen haben —

und

daß das bekannte prooemium der Oberappellations-Gerichtsordnung nichts von Rechtshändeln, welche ein Landesherrliches Vorrecht zum Vorwurf haben, sondern von solchen zu verstehen sey, welche des Landesherrn Privat-Interesse oder solche Güter und Befugnisse, deren auch Unterthanen fähig sind, betreffen. —

Diesen durch die Reichs- und Landesverfassung bestätigten Grundsätzen gehen Wir lediglich nach, indem Wir nach Unsern Landesherrlichen Rechten hiemit verordnen und Euch hiedurch ansinnen,

die vorerwähnte über die Leistung der Reuter-Speisung an Euch gebrachte Beschwerde der Unterthanen Unsrer Amtsvoigtei Bedenbostel zum rechtlichen Verfahren bei Eurem Gericht nicht anzunehmen, sondern solche damit an Unsre Kriegs-Canzlei, als dasjenige Collegium zu verweisen, dem wir die Besorgung der die Prästationen Unsrer Unterthanen an Unsre Truppen betreffenden Angelegenheiten gnädigst anvertrauet haben, und welches von seinen in dieser Hinsicht ergehenden Verfügungen, so fern selbige in gerichtlichen Streit gezogen werden, nur in demjenigen foro Rechenschaft zu geben hat, welches Wir in solchen Fällen nach Unsrer Eigenschaft eines deutschen Reichsstandes für das Unsrige erkennen.

Wir

Wir zweifeln nicht, daß Eure eigne Ueberzeugung mit dieser Unsrer Landesherrlichen Vorschrift übereinstimmen werde; Und sind ꝛc. ꝛc.

Hannover, den 18ten Mai 1790.

Ad Mandatum etc.

v. Wenckstern. v. Beulwitz. v. Arnswald.

G. H. Nieper.

XLVII Erörterung.

Verschiedenes über die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen bei dem Beweisverfahren.

1.

In der von dem Königl. O. A. Gerichte entschiedenen Rechtssache der Gemeinde L. wider den Anwald Königl. Cammer wollte letzterer den gebrauchten Zeugen R. aus der Ursache nicht als beweisfähig zulassen, weil derselbe vorhin für die Gemeinde einen Situationsriß in der Sache verfertigt, und dadurch von den Producenten Vortheil gehabt habe. Es ward aber dieser Einwand als unerheblich verworfen. Nach der deutlichen Vorschrift der Gesetze, a) schließt freilich auch das geringste Interesse bei der Entschei-

 dung

a) L. 10. Cod. de Testib. L. 1. §. 11. Dig. quando appell. Struben Th. 1. Bedenk. 2. §. 1.

dung der Sache von der Ablegung eines gültigen Zeugnisses aus, allein es wird dabei vorausgesetzt, daß das Interesse des Zeugen zu der Zeit des abzulegenden Zeugnisses noch wirklich vorhanden, oder auf die Zukunft fortdauernd ist. Unmöglich kann jeder längst vorhin genossene Vortheil und am allerwenigsten die wohlverdiente Renumeration für geleistete Dienste, welche der Producent dem Zeugen einst gab, diesen vom Zeugnisse ausschließen. Dergleichen Renumerationen sind nicht für ein wahres Lucrum zu halten, und auf jeden Fall ist alles verdächtige Interesse verschwunden, sobald der Dienstleistende seine Befriedigung erhalten hat. Nach verflossener Dienstzeit können selbst Dienstboten in den nachherigen Rechtssachen ihrer ehemaligen Brodherrschaften als gültige Zeugen auftreten, b) und es ist hieraus um so mehr ein günstiger Schluß auf diejenigen zu machen, die für den Producenten vormals gegen ein Honorarium irgend eine freie Kunst exercirten, da widrigenfalls die Möglichkeit, gültige Zeugen zu erhalten, auf eine unerhörte Weise eingeschränkt werden, und dann gewiß auch folgen würde, daß keine Handwerker, keine Tagelöhner u. s. w. zum Zeugniß für diejenigen gelassen werden dürften, denen sie einst Arbeit verfertigten. Es hindert die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht, wenn derselbe in der Sache, worin er zeugen soll, vorhin als Notarius gebraucht worden ist. c) In dem Verhältnisse eines gebrauchten Notarius befindet sich der Verfertiger eines Situationsrisses wohl

b) Arg. L. 24. §. fin. et L. 25. Dig. de Reb. auct. iudic. possid. Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 22. Tit. 5. §. 33.

c) Carpzov P. 1. Const. 16. Def. 63.

wohl nicht einst völlig, und es ist derselbe daher ein unverwerflicher Zeuge.

2.

Kein Gesetz schließt dürftige Personen von der Ablegung eines gültigen Zeugnisses aus. Die Rechte d) verlangen zur Glaubwürdigkeit eines an sich zulässigen Zeugen keine Wohlhabenheit, sondern nur die Unbescholtenheit des Lebenswandels; und daß diese, wie schon Juvenal bezeugt, e) auch bei höchst armen Menschen anzutreffen sey, wird wohl Niemand bezweifeln. Das altdeutsche Sprichwort sagt: Armuth ist keine Schand noch Unehr; und sehr zutreffend schreibt Lauterbach:

„Mala non sunt, nisi quae crimine mentem implicant, et conscientiam ligant. Caeterum pauperiem, ignobilitatem, aegritudinem, mortem, nemo sapiens mala dixerit, nec in malorum sorte numeravit, quia nec contraria istis in bonis habentur maximis, quorum alia nobis ex natnra, alia ex commoditate accidere videntur. f)

Die bloße Armuth, wäre sie auch von der Art, daß sie bei ermangelnden hinlänglichen Armenanstalten den Bettelstab führte, macht also keinen Zeugen unzuläßig, noch desselben Aussagen verdächtig, und das Königl. O. A. Gericht nahm daher, in der oben erwähnten Rechtssache, das Zeug-

d) L. 2. et L. 3. §. 5. Dig. de Testib.

e) Juvenal Lib. 1. Satyr. 3. Vers. 137.

f) Lauterbach l. c. §. 23. in fine. Ayrer de Process. Cap. Nro. 2. Böhmer Introd. in I. Dig. Tit. de Test. §. 2.

Zeugniß eines Mannes für völlig gültig an, der allein von der Wohlthätigkeit seiner Mitmenschen lebte, dessen Lebenswandel aber völlig unbescholten war, und der durchaus keinen Verdacht einer Bestechung gegen sich hatte.

3.

Dagegen ward, in derselben Rechtssache, das Zeugniß eines Mannes, als untüchtig zum Beweise erklärt, der an dem Tage, da er abgehört werden sollte, so betrunken war, daß man ihn auf einen andern Tag zur Vernehmung vorladen mußte. Die Bestimmung darüber, in welchem Maße ein unmoralischer Lebenswandel und eine Infamia juris et facti einen Zeugen verdächtig macht, oder ganz vom Zeugnisse ausschließt, ist sehr schwierig, und gewiß würde die Zahl der völlig tadellosen Zeugen sehr gering werden, wenn der öftere Gebrauch der geistigen Getränke über die Grenzen der Mäßigkeit, ohne Unterschied, zum Vorwurf gereichen sollte. Nach moralischer Ueberzeugung, die den Richter, bei der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen, vor allen Dingen leiten muß, g) kann man aber mit Zuverläßigkeit voraussetzen, daß von dem, der seine Trunkergebenheit nicht einst an dem Tage mäßigen konnte, wo er das von ihm verlangte Zeugniß ablegen sollte, der leichtsinnig und ungewissenhaft genug war, um dem wichtigen Augenblicke der Abstattung des Zeugeneides sinnlos entgegen zu gehen, daß von einem solchen Manne schlechterdings nicht diejenige Gewissenhaftigkeit und Fähigkeit des Her-

g) L. 3. §. 2. Dig. de Testib. Hommel Rhapsod. Quaest. Observat. 220.

Herzens und Verstandes zu erwarten ist, die zu einem tüchtigen Zeugen erfordert wird. h)

4.

Nach dem römischen Rechte, und zwar nach der Entscheidung des Licinius Rufus, i) ist es nicht zu bezweifeln, daß Untergebene in der Sache ihrer Obern, oder alle andere, die dem Producenten durch Eidespflicht verbunden sind, und denen von diesem befohlen werden kann, von der Ablegung eines gültigen Zeugnisses ausgeschlossen werden. Schon ältere Rechtsgelehrte schränken jedoch diese Vorschrift bloß auf diejenigen ein, die sich entweder unter der eigentlichen Hausherrschaft, oder in der väterlichen Gewalt befinden, k) und überhaupt wird das römische Recht in diesem Stücke nicht mehr nach seiner ganzen Strenge beobachtet. Vermöge des auf die Analogie des canonischen Rechts l) sich gründenden jetzigen Gebrauchs können Unterthanen, Untergebene und Officialen in den Rechtssachen ihrer Herrn und Obern allerdings gültig zeugen, so bald sie nur ihrer Pflichten, welche sie gegen diese haben, in Ansehung des abzulegenden Zeugnisses entlassen worden sind.

Dieser durchgängige Gebrauch wird von einer Menge von Schriftstellern nicht allein bezeugt, sondern es wird auch

h) von Tevenar Theorie der Beweise, 2ter Abschn. 4tes Cap. S. 108.

i) L. 6. Dig. de Testib.

k) Farinac. de Testib. Qu. 55. Nro. 203.

l) C. 38. X. de Testib.

auch von ihnen die Billigkeit und Rechtmäßigkeit desselben mit überzeugenden Gründen dargelegt; m) und wenn gleich einige Andere n) sich nicht davon überzeugen können, daß die Entlassung des Dienst- oder Subjectionseides, welche sie subtilitatem supervacuam et erroneam nennen, in den Rechten gegründet sey, und irgend etwas würken könne; so stellen doch selbst diese Rechtslehrer den allgemeinen Gerichtsgebrauch in Betref dieses Gegenstandes nicht in Abrede.

Leyser sagt, nachdem er wider die Theorie wegen Entlassung des Subjectionseides heftig geeifert hat: Sed quidquid sit, praxis certa et stabilita est, subditos et officiales in causa domini testari posse, si iusiurandum, quod ad hunc actum, iis remittatur. Ja es geht dieser Schriftsteller am Schlusse der angeführten Stelle so weit, daß er in Beziehung auf den eingeführten Gerichtsgebrauch behauptet; die etwa vernachlässigte Entlassung des Dienst- und Subjectionseides mache die Abhörung eines Zeugen keinesweges unnütz und nichtig.

Diese Gründe bewürkten, daß in der mehrerwähnten Rechtssache das, nach Erlassung des Diensteides, abgelegte Zeugniß einiger von Königl. Cammer producirten Forstbediente für völlig gültig gehalten ward.

XLVIII

m) Lauterbach l. c. §. 34. Carpzov l. c. Defin. 64. Ayrer Cap. 8. Observ. 1. Nro. 30.

n) Leyser Spec. 283. Medit. 16. Meier Coll. Argent. Tit. de Testib. §. 10. Nro. 16.

XLVIII Erörterung.

Einem Zeugen stehet frei, wenn er schon aus dem Gerichte weggegangen und der Zeugenrotulus bereits verschlossen ist, hernachmals noch seine Aussage zu ändern, zu verbessern und zu widerrufen.

Daß in der Regel die Wiederhohlung des Zeugenverhöres unzulässig ist, und daß die Zeugen nicht wiederhohlt über dieselben Artikel gefragt werden dürfen, ist bekannt; weil sonst leicht eine heimliche Anstiftung oder Unterrichtung geschehen könnte. a) Indeß gibt es doch Ausnahmen von dieser Regel. b) Von diesem Falle ist jedoch derjenige gänzlich verschieden, wenn der eine oder der andere Zeuge nach gethaner Aussage dieselbe ändern, verbessern oder widerrufen will. Solches muß ihm, um sein Gewissen nicht zu beschweren, immer und auch noch dann frei stehen, wenn er gleich schon aus dem Gerichte weggegangen und der Rotulus bereits verschlossen ist. Inzwischen hat der Richter hierbei alle Behutsamkeit zu gebrauchen. Die Zeugen müssen ihre Aussage im Gerichte mündlich c) thun, weil sonst der Richter nicht im Stande seyn würde, nach allen sachdienlichen Umständen zu fragen. Der Zeuge darf daher seine Abänderungen, Verbesserungen, oder Widerrufung auch

 nicht

a) Cap. 48. 53. X. de testibus, DE PUFENDORF in observ. Tom. I. obs. 57. Tom. II. obs. 108. u. 147. Tom. III. obs. 109.

b) Klaproth im Proceß §. 284. Oberappellat. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 8. §. 6. verglichen mit §. 37.

c) L. 3. §. 3. D. de testibus.

nicht schriftlich einbringen, sondern er muß sie mündlich dem Gerichte eröfnen; es wäre denn, daß der Beweisführer und dessen Gegentheil damit zufrieden seyn wollten. Ferner muß in einem solchen Falle der Zeuge auf seinen vorhin abgestatteten Eid befraget werden: ob er sich etwa mit dem Producenten oder Producten über die Sache besprochen habe? Wenn nun alles sorgfältig erkundet und der Zeuge auf seinen geleisteten Eid versichert, daß keine verdächtige Anstiftung oder Unterrichtung geschehen sey; er vielmehr ohne Arglist und Gefährlichkeit, um sein Gewissen nicht zu verletzen, seine Aussage abändern oder verbessern müsse; alsdann ist die abgeänderte Deposition nicht nur genau aufzuzeichnen, sondern die vorige muß auch bei den Acten gelassen werden; weil aus dem Zusammenhange der Sache sich zuweilen schließen läßt, welches die wahrscheinlichste sey. Das Collegium hat auch diesem gemäß am 26sten Septemb. 1792 erkannt in S. des Schiffers Behrens gegen die Wittwe Schulz p. angeblich erhandelten Weizens.

XLIX Erörterung.

Wie ein Inquisit zu bestrafen, der sich weigert die Urphede wirklich abzuleisten?

Bekanntlich muß sowohl nach Vorschrift der P. G. O. a) als nach dem Gerichtsgebrauche in gewissen Fällen die Urphede b) von dem Inquisiten eidlich geleistet werden. Zuwei-

a) Art. 157. 161. u. 164.

b) C. F. Walch glossar. germ. interpretat. C. C. C. inserviens, Jen. 1790. v. Urphede.

weilen aber ereignet es sich, daß die Inquisiten sich dieselbe abzuschwören hartnäckig weigern. In diesem Falle schreibt unsere Criminal-instruction cap. 12. §. 3. vor, daß, wenn der Inquisit nach vollzogener 14tägiger Gefängnißstrafe bei seiner Weigerung, den Eid abzuleisten, verharret, die Beamten sodann an die Justizcanzleien davon berichten sollen.

Welche Mittel aber alsdann anzuwenden sind, um einen solchen boshaften Inquisiten zur Ableistung der Urphede zu vermögen und das Publicum vor einem solchen gefährlichen Menschen zu sichern, darüber schreiben so wenig die gemeinen peinlichen Rechte, als unsere Landesgesetze etwas bestimmtes vor. Es tritt also in einem solchen Falle das peinlich richterliche Ermessen ein, um den eintretenden Umständen nach das zweckdienlichste Mittel zu ergreifen.

Viele ältere c) und neuere d) Lehrer des peinlichen Rechts schlagen vor, daß bei versuchten und fruchtlos gebliebenen gelindern Mitteln der Scharfrichter, an des Verurtheilten Stelle, die Urphede ableisten solle, welches denn eben dieselbe verbindliche Kraft habe, als wenn der Beschuldigte sie selbst abgeschworen hätte. Allein dieses Mittel würde in vielen Fällen oftmals sehr bedenklich seyn und es scheint auch überhaupt der Analogie der Gesetze nicht gemäß zu seyn. Der Eid kann nur dann mit verbindlicher Kraft in die Seele eines andern abgeleistet werden, wenn

 der,

c) Clasen ad Art. 108. C. C. Beyer ad Art. 176. C. C. pos. 6. Carpzow in pract. rer. crim. P. III. qu. 130. N. 38.

d) Koch institut. iur. crim. §. 917. Meister princ. iur. crim. §. 788. Quistorp peinl. Recht §. 139.

der, welcher ihn eigentlich abzulegen hat, darin willigt, e) keinesweges aber, wenn solches gegen dessen Willen geschiehet. Es würde also den Inquisiten eigentlich die Strafe der gebrochenen Urphede nicht treffen können, wenn er sich dennoch in der Folge rächen sollte. *) Uebrigens scheint auch dieses vorgeschlagene Mittel nur bei wenigen Gerichtshöfen Eingang gefunden zu haben.

Das Mittel, welches der peinliche Richter hierbei anzuwenden hat, muß dem Zwecke völlig gemäß seyn. Ein solcher Mensch, der sich nach versuchten gelindern Mitteln dennoch hartnäckig weigert, die Urphede abzuleisten, gibt in den meisten Fällen die Absicht deutlich zu erkennen, daß er sich wegen erlittener Gefangenschaft rächen will. Er ist also sowohl für den Richter und Beleidigten, als auch für das Publicum überhaupt gefährlich, und mithin hat der Richter dahin zu sehen, daß derselbe in einen solchen Zustand versetzt wird, wo er Niemanden schädlich werden kann.

Nach Vorschrift der P. G. O. f) soll nun ein solcher Mensch, dem aus genugsamen Ursachen nicht zu vertrauen ist, daß er es bei Recht und Billigkeit lassen werde, vielmehr gewaltsame, thätliche Beschädigung und Uebel von ihm zu erwarten sind und er solcherhalb keine nothdürftige Cau-

e) In ältern Zeiten hat man es daher für hinlänglich gehalten, wenn Jemand die Urphede brieflich abgestattet hat. Beisp. finden sich davon beim Guden cod. dipl. Tom. 1. p. 955. DE LUDEWIG reliq. mstor. Tom. VIII. p. 324.

*) MALBLANC doctrina de iureiurando, §. 94. p. 388.

f) Artic. 176.

Caution, Sicherheit oder Gewißheit machen kann, nach dem Ermessen des Richters, so lange im Gefängniß gehalten werden, bis gehörige Sicherheit solcherhalb beschaffet ist.

Wenn also ein solcher Inquisit keine genugsame Sicherheit beschaffen kann und selbst die, durch Ableistung der Urphede, ihm auferlegte juratorische Sicherheit zu leisten sich hartnäckig weigert, auch die übrigen Umstände deutlich seine Absicht, sich zu rächen, zeigen; alsdann kann eine solche boshaftige Person bis zu erfolgter Sinnesänderung, auf Erkenntniß des Richters, im Gefängniß behalten, oder zu den öffentlichen Arbeiten verurtheilet werden. Das Collegium condemnirte daher auch im April 1793 den Inquisiten Christoph Meier, weil er sich hartnäckig geweigert, die ihm zuerkannte Urphede abzuleisten, zur Sicherheit des Publicums, auf unbestimmte Zeit und bis dahin, daß eine Sinnesänderung erfolgt und er solche durch wirkliche Abstattung der Urphede an den Tag gelegt haben würde, in den Karren nach Harburg, und dieses Erkenntniß wurde höhern Orts bestätigt.

L. Erörterung.

Ein Gutsherr, der keine Gerichtsbarkeit über den Meiergrund hat, kann von den auf diesem zur Nahrung aufgestellten Bienenstöcken weder Fluggeld noch Stätegeld verlangen.

Aus den Gegenden, wo eine starke Bienenzucht getrieben wird, und sich keine hinlängliche Nahrung für die Bienen findet, werden diese im Sommer nach blumenreichern Orten verfahren, um daselbst von den Blüthen der Felder, Gärten und Heiden, eine reichliche Ausbeute einsammeln zu können. a)

Die Eigenthümer der Bienenstöcke bezahlen für die verstattete Ausstellung derselben auf fremden Grund und Boden gewöhnlich eine doppelte Abgabe, die in den hiesigen Gegenden das Stätegeld und das Fluggeld genannt wird.

Das Stätegeld, oder wie es in andern Gegenden heißt, das Bienenheidegeld b) erhält der Grund-eigenthümer dafür, daß er die Ausstellung der fremden Bienenstöcke auf seinem Lande gestattet.

Ganz hiervon unterschieden ist das Fluggeld, Immengeleite, Census apium, denn dieses wird nicht als eine Renumeration für die den Bienenstöcken verstattete Ausstellung und Nahrung gezahlt, sondern es erhält dasselbe der Ge-

a) Krüniz öconomische Encyclopädie, Th. 4. S. 674.

b) Krüniz a. a. O. S. 792.

Gerichtsherr des Grund und Bodens, worauf die Bienenstöcke stehen, für den den letztern zu leistenden Schutz — pro apium protectione. c) Schon in dem Lüneburgischen Landtags-Abschiede vom 2ten Julius 1624 wird das Immengeleit von dem Stätegelde wohl unterschieden, und unter andern davon folgendes erwähnt:

„Die Fremde, so Immen in das Geblühmte hereinbringen, sollen dem Schatz zu gutem von jedem Stock einen Schilling über das, was den Aemtern an Geleit und Stätegeld gebühret, geben.“ d)

Aus diesem Verhältniß ergiebt sich, daß ein Gutsherr, der keine Gerichtsbarkeit über seines Meiers Grundstücke hat, weder die eine noch die andere der gedachten Abgaben von den auf des Meiers Lande ausgestellten fremden Bienenstöcken zu verlangen berechtiget ist.

Das Stätegeld kommt dem Gutsherrn nicht zu, weil er nur dominus directus des Meierguts ist, und der Gutsmann, vermöge des demselben zustehenden dominii utilis, alle Nutzungen des Meierlandes, mithin auch das Locarium oder die Remuneration für die Ausstellung fremder Bienen auf demselben ausschließlich genießt.

Das

c) Germani, quod protectionis nomine de rebus, vel personis datur, communi nomine Geleite appellant, quod Stilo barbaro, Conductus dicitur. Variae conductus huius species sunt. *Conductus apium*, Immengeleite, est Census scilicet pro apium protectione solvendus. de Pufendorf de Jurisd. Germ. P. 2. Sect. 3. Cap. 1. pag. 305.

d) Braunschw. Lüneb. Landesordnungen Zellischen Theils, Cap. 6. Sect. 3. Nr. 76. S. 199.

Das Fluggeld oder Immengeleite kann ein solcher Gutsherr aber um deswillen nicht fordern, weil ihm die Gerichtsbarkeit an dem Orte, wo die Bienenstöcke ausgesetzt sind, mangelt, und weil er dadurch außer Stande ist, denjenigen Schutz auszuüben und angedeihen zu lassen, wofür diese Abgabe allein gegeben wird.

Als daher der Obergerichts-Secretair L. als Besitzer des Dorfs H. von den auf seiner Meier Grundstücken ausgestellten fremden Bienenstöcken die Abgabe des Fluggeldes verlangte, und das Amt H., welches die Gerichtsbarkeit über diese Grundstücke hat, der Forderung widersprach; so erkannte das K. O. A. Gericht in der Appellations-Instanz am 26sten Mai 1792 folgendermaßen:

„Wenn gleich summa appellabilis, wie doch nicht, für vorhanden angenommen werden könnte; Nachdem jedoch die vom Imploranten sich angemaßte Erhebung des Bienenfluggeldes oder Immengeleits nicht so, wie die Einforderung des Stätegeldes, für eine Folge des Grundeigenthums anzusehen ist; sondern dieses Fluggeld vielmehr der Regel nach blos dem Gerichtsherrn allein als ein Schutzgeld zukömmt; Ferner es aus andern Acten bekannt genung ist, daß dem Imploranten außerhalb des Tropfenfalls überall keine Gerichtsbarkeit zu H. zusteht; Solchemnach aber die vom Imploranten versuchte Erhebung der qu. Abgabe sich allerdings als eine Turbation und als ein Eingrif in die Amts-Gerechtsame und Gerichtsbarkeit darstellt; So findet das angebrachte Gesuch keine Statt."

Der Implorant L. erkannte zwar die Richtigkeit der in diesem Erkenntnisse aufgestellten Grundsätze völlig an, führte jedoch zu besserer Begründung seiner Forderung an, daß er sich bisher nur in der Benennung geirrt, und daß er eigentlich kein Fluggeld, sondern blos Stätegeld gefordert habe, welches ihm als Grund-eigenthümer nicht verweigert werden könne. Es erfolgte aber auf diesen Vortrag, am 11ten Octob. 1792 ein Inhäsiv-Bescheid des Inhalts:

„Wenn gleich die Einforderung des Stätegeldes allerdings als eine rechtmäßige Folge des Grund-eigenthums anzusehen ist; Nachdem jedoch sämmtliche in den Acten vorgekommene Umstände deutlich zeigen, daß die bisher unter der Benennung des Fluggeldes angemaßte Abgabe keinesweges von denen fremden Immen, welche auf des Imploranten privativ eigenthümlichen Grund und Boden ausgesetzt, sondern vielmehr von solchen Immen verlangt worden ist, welche auf Fundis ausgestellt gewesen sind, woran den Gutsleuten des Imploranten das dominium utile zusteht, und wovon diese Gutsleute bereits, vermöge ihres Dominii utilis, ein Stätegeld erhalten haben; So findet das durchaus unerhebliche Gesuch keine Statt."

LI Erörterung.

Die Entscheidung der Frage: ob dem von Königl. Cammer abgemeierten Gutsmanne ein ius retentionis an dem Hofe zustehe? gehöret nicht vor die Justizcollegia.

Zuweilen pflegen die der Gutsherrschaft Königl. Cammer unterworfenen Meyer und Gutsleute, besonders die Interimswirthe, a) wenn sie wegen schlechter Wirthschaft, contrahirter übermäßigen Schulden, oder anderer gesetzlichen Ursachen abgemeiert sind, sich dadurch vorerst in dem Besitze und Genusse des Hofes erhalten zu wollen, daß sie vorgeben, in den Hof aus ihren eigenen Mitteln vieles verwendet und denselben verbessert zu haben. Sie wenden sich alsdann unter dem Vorgeben, daß ihnen ein ius retentionis an dem Hofe zustehe, gemeiniglich an die Justizcollegia. Nun leidet es zwar an sich gar keinen Zweifel, daß die Frage: ob Jemanden ein ius retentionis zustehet? vor die Gerichte gehöret. b) Allein bei einem von K. Cammer Abgemeierten verhält sich doch die Sache anders. Nach Vorschrift der Landesverordnungen c) soll, wenn etwas in Rücksicht der Höfe, über welche der Cammer die Gutsherrschaft zuste-

a) Es sind solche, welchen die Bewirthschaftung des Hofes auf bestimmte Jahre überlassen wird. Runde von der Interimswirthschaft auf deutschen Bauergütern, Götting. 1796. 8.

b) Faselius Versuch einer systematischen Darstellung des Retentionsrechtes, Halle 1792.

c) Verordn. vom 19. Oct. 1719. in *Corp. Const.* Cap. V. p. 2. n. 3.

stehet, wegen Abmeierung oder Besetzung derselben, zu verfügen ist, solches allein vor der Cammer tractiret werden, ohne daß dagegen ein Proceß gestattet wird. Es gehört also die Untersuchung der Frage: ob dem Abgemeierten ein ius retentionis an dem Hofe zustehet? ohne Zweifel zur Besetzung der Höfe, mithin vor das Cammercollegium. Wollte man über diesen Punct dem Abgemeierten den Weg Rechtens besonders also verstatten, daß er bis zur Endschaft des Processes im Besitz des Hofes verbliebe; so würde die Absicht der dieserhalb ergangenen Landesgesetze sehr oft gänzlich vereitelt werden. Es kann in solchen Fällen der Gutsherrschaft und dem Hofe nichts zuträglicher seyn, als wenn der Wirth denselben, je eher je lieber, räumen muß; weil er sonst, wenn man einen, vielleicht Jahre lang dauernden Proceß hierüber gestatten wollte, den Hof noch mehr in Verfall bringen oder gänzlich ruiniren könnte. Die Forderungen, welche der Abgemeierte an dem Hofe hat, gehen dadurch nicht verlohren und Königl. Cammer pflegt auch solcherhalb gemeiniglich den Weg Rechtens ausdrücklich offen zu lassen. Es kommt hierbei nur auf die Räumung des Hofes selbst an, damit solche nicht verschoben werde; wegen der Forderungen selbst, wenn solche gegründet sind, hat der Abgemeierte immer Sicherheit genug. Meistens legen es aber dergleichen Gutsleute darauf an, den Hof so spät als möglich zu räumen. Das Collegium schlug daher auch am 18ten Nov. 1769 in S. Jürgen Meier zu Suderburg gegen Catharine Margarethe Schneider in p. des im Hofe verwandten Vermögens, das Gesuch des ersten, des iuris retentionis wegen im Besitze des Hofes geschützt zu werden, aus solchen Gründen ab. Und als sich

derselbe davon ad summum Tribunal wendete, erhielt er am 3ten Dec. 1770 einen Abschlag des Inhalts: Nachdem eines Theils die Sache in Absicht des prätendirten iuris retentionis vor ein Justizcollegium nicht gehörig, andern Theils aber dem Imploraten, wegen des Eingebrachten, der Weg Rechtens vorbehalten ist; als kann dem Gesuche nicht deferirt werden. Königl. Justizcanzlei hat eben dieses Principium auch nachher in mehrern Fällen beibehalten.

LII Erörterung.

Der ausgelobte Altentheil gehet durch begangenen Ehebruch verlohren.

Wenn die Ehe wegen eines wirklich begangenen Ehebruchs geschieden ist, so wird bekanntlich der schuldige Theil zum Besten des Unschuldigen und der Kinder mit einem besondern Vermögensverluste belegt. Die schuldige Ehefrau verlieret ihr Heirathsgut a) und es kann über die Privation desselben sowohl vom geistlichen als weltlichen Richter erkannt werden. b) Sind Ehepacten errichtet gewesen, so behält zwar der unschuldige Theil alle darin bedungenen Vortheile, der schuldige aber verlieret sie gänzlich; denn die Privation des Brautschatzes erstreckt sich auch auf alle übrigen Vortheile, die dem schuldigen Theile versprochen sind. c) Wenn

a) L. 11. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. Cap. 4. X. donat. inter vir. et ux.

b) BÖHMER ius eccles. protest. Lib. 4. tit. 20. §. 34.

c) L. 8. §. 5. D. de repud. Nov. 117. c. 8. Nov. 134. Cap. 10. BEUST de iure connub. P. II. §. 9.

Wenn daher in der Eheberedung dem schuldigen Theile ein Altentheil, d. i. die Wohnung im Hofe und der Unterhalt daraus, als eine Versorgung auf Lebenslang, versprochen worden ist; so gehet solcher verlohren und wird aberkannt, weil der Altentheil an die Stelle des Brautschatzes tritt. In S. Anna Margarethe Schwarzkopf verwittw. Copau c. Joh. Gürgen Behr in p. Abfindung ist auch diesem gemäs erkannt worden.

LIII Erörterung.

Von der Bestrafung des einfachen Ehebruchs im Fürstenthume Lüneburg.

Die Policeiordnung Herzogs Christian, vom 6ten Octob. 1618, verordnet wegen der Bestrafung des einfachen Ehebruchs folgendes:

„Wann aber ein Ehemann mit einer ledigen Person Unzucht treibet, oder sich ein lediger Gesell zu einem Eheweib findet; so soll der Ehemann oder das Eheweib mit Staupenschlag, die ledige Person aber ohne Staupenschlag des Landes verwiesen; gleichwohl wenn der Ehegatte ihren Mann, oder der Mann die Frau, so den Ehebruch begangen, wieder zu sich nimmt; so soll der schuldige Theil dem Ehestande zu Ehren mit öffentlicher Verweisung und Staupenschlag verschonet, gleichwohl nach gebührender Kirchenbuße willkührlich gestrafet werden.“ a)

Da

a) Churbraunschw. Landesordnung Zelleschen Theils, Cap. 4. Nr. 1. S. 15.

Da solchergestalt die Bestrafung des einfachen Ehebruchs in dem Fall, da der unschuldige Ehegatte den schuldigen wieder zu sich nehmen wollte, lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen blieb; so bestrafte die Justizcanzlei zu Zelle eine lange Zeit hindurch den verehligten Theil blos mit Gefängniß, den ehelosen Theil hingegen mit der Landesverweisung. Als aber im Jahr 1734 gegen den Inquisiten Barthold Meier als verehligten, und die Mitinquisitin Anne Margarethe Flüggen als unverehligten Theil in Gemäsheit dieser bis dahin angenommenen Meinung erkannt war; so ward zwar für dasmal das Erkenntniß landesherrlich bestätiget, jedoch für die Zukunft am 30sten März 1734 folgendes Rescript an die Justizcanzlei erlassen:

„Es ist euch hiermit ohnverhalten, daß, nachdem wir wahrgenommen, wasmaßen das Laster des Ehebruchs bisher gar sehr im Schwange gangen, und es in dem Falle, wann pars laesa für den schuldigen Theil intercediret, vermöge dasiger Policeiordnung auf poenam arbitrariam ankömmt, Wir allergnädigst resolvirt haben, daß derjenige, so eines einfachen Ehebruchs überführt worden, hinführo, wenn gleich der beleidigte Theil den schuldigen wieder zu sich nehmen will, auf eine, denen vorkommenden Umständen nach, von euch jedesmal in Vorschlag zu bringende Zeit ad operas publicas condemnirt werden soll. Wegen derer Weibspersonen hat es in solchem Falle, da der beleidigte Theil für den schuldigen intercediret, dabei sein Verbleiben, daß selbige anstatt der Landesverweisung auf eine gewisse Zeit zur Gefängnißstrafe condemnirt werden.“

Die-

Dieses Rescript verstand die Mehrheit der damaligen Mitglieder der Justizcanzlei dahin, daß dasselbe bloß eine Verordnung wegen Bestrafung der Ehegatten enthalte, und zwar auf die Weise, daß, wenn ein Ehemann einen Ehebruch begehe, derselbe mit einer Verurtheilung zur Karre oder zum Zuchthause zu bestrafen, wenn aber eine Ehefrau die Ehe breche, dieselbe nur mit einer Gefängnißstrafe zu belegen, der ledige Theil hingegen, nach wie vor, mit der Landesverweisung anzusehen sey.

Mehrere Jahre lang nahm die Justizcanzlei diese Meinung unverändert an, und eine Menge von Straferkenntnissen, die in Gemäsheit derselben abgefaßt wurden, erhielten die Landesherrliche Bestätigung. Erst in neueren Zeiten, und zwar besonders bei der Berathschlagung über das Straferkenntniß in Untersuchungssachen wider Christoph Wendte und Marie Dorothee Evers wegen einfachen Ehebruchs, im Jahr 1787, fand die Beibehaltung jener Meinung Bedenken und Widerspruch. Verschiedene der derzeitigen Mitglieder der Justizcanzlei erklärten nämlich das 1734 erlassene Landesherrliche Rescript auf die Weise, daß dasselbe, wenn es von der condemnatione ad operas publicas im Fall eines erlassenen Ehebruchs rede, damit sowohl die Ehegatten männlichen als weiblichen Geschlechts beziele, und daß die nachstehende Stelle des Rescripts: wegen derer Weibspersonen, die zu einer Gefängnißstrafe verurtheilt werden sollen, lediglich von dem ehelosen Theil beim einfachen und erlassenen Ehebruch zu verstehen sey.

Für diese Erklärung der Landesherrlichen Verordnung reden folgende Gründe:

Erstens, daß der, in dem Rescripte gebrauchte, Ausdruck: derjenige so eines einfachen Ehebruchs überführt worden, nicht bloß einen Ehemann zu bezielen scheint, sondern die Worte in der Verbindung, worin sie stehen, allerdings auch, derjenige delinquirende Theil, heißen können, und daß dieses letztere um desto wahrscheinlicher wird, da das Rescript in der Folge sagt: wenn gleich der beschädigte Theil den schuldigen wieder zu sich nehmen will; dieser allgemeine Ausdruck: beschädigte Theil, aber gewiß mit dem bestimmteren: beschädigte Ehefrau, vertauscht seyn würde, wenn die Karren- oder Zuchthausstrafe bloß den die Ehe brechenden Ehemann hätte treffen sollen.

Zweitens ist es auf keine Weise zu vermuthen, daß das Rescript von 1734, welches sich lediglich auf die Polizeiordnung von 1618 bezieht, einen ganz neuen und in der letzteren Verordnung gar nicht enthaltenen Unterschied zwischen der Bestrafung eines ehebrecherischen Ehemannes und einer Ehefrau festsetzen sollte, ohne sich vollkommen deutlich darüber auszudrücken, und ohne den Grund dieser Veränderung hinzuzufügen.

Drittens zeigt der im Eingange des Rescripts ausgedruckte allgemeine Grund: Nachdem wir wahrgenommen, wasmaßen das Laster des Ehebruchs bisher gar sehr im Schwange gegangen, schon hinlänglich, daß es die Absicht gewesen sey, durch geschärfte Ahndung, den Ehebruch, sowohl bei Ehegatten männlichen als weiblichen

chen Geschlechts zu verhindern, und nicht bloß die Ehemänner härter zu bestrafen. Es scheint

Viertens, selbst der im Rescripte gebrauchte Ausdruck: Weibespersonen, für die zuletzt erwähnte Erklärung zu sprechen. Denn es würde nicht allein sehr ungewöhnlich und undeutlich seyn, eine Ehegattinn mit der allgemeinen Benennung: Weibesperson, zu bezeichnen; sondern es zeigen auch die Umstände, unter welchen das Rescript erlassen ward, ziemlich deutlich, daß es die Absicht gewesen ist, unter Weibesperson, den ledigen Theil zu verstehen. In dem besondern Falle, den das Rescript bezielte, war nämlich der ledige Theil weiblichen, der verehelichte Theil aber männlichen Geschlechts, und es ist daher leicht zu erklären, warum der Concipient, statt des allgemeinen Ausdrucks: ledige Theil, den besondern: Weibespersonen, gebrauchte. Ferner ist

Fünftens, der Schluß des Rescripts sehr unpassend, wenn man annimmt, daß derselbe nicht vom ledigen Theil handelt.

Es wird nämlich gesagt: Wegen derer Weibespersonen hat es in solchem Falle, da der beleidigte Theil für den schuldigen intercediret, dabei sein Verbleiben, daß selbige, anstatt der Landesverweisung, auf eine gewisse Zeit zur Gefängnißstrafe condemniret werden.

Nun aber belegt die Polizeiordnung die schuldige Ehegattin, im Fall eines erlassenen Ehebruchs, keinesweges mit der Landesverweisung; auch hat die Justizcanzlei, wie alle älteren Acten zeigen, in solchen Fällen nie auf diese Strafe erkannt. Man bürdet folglich dem Rescripte

 einen

einen ganz falschen Voraussatz auf, wenn man annimmt, daß dasselbe in der angeführten Stelle von den Ehefrauen redet; vielmehr muß diese Stelle um desto sicherer von dem ledigen Theil verstanden werden, da dieser, und, wie gesagt, nicht die Ehegattin, nach der Polizeiordnung, mit der Landesverweisung bestraft ward.

Endlich ist

Sechstens, am 4ten August 1734, gleichfalls in Untersuchungssachen wegen einfachen Ehebruchs, ein seinem Haupinhalte nach gleiches Rescript an die Justizcanzlei zu Hannover erlassen worden, dessen Worte, verbunden mit der gleichförmigen Observanz des genannten Gerichtshofes, b) es außer Zweifel setzen, daß dort, nach dem Willen des Gesetzgebers, bei der Bestrafung des einfachen und remittirten Ehebruchs, kein Unterschied unter den Ehegatten männlichen und weiblichen Geschlechts gemacht wird.

Diese Gründe bewogen mehrere Mitglieder der Justizcanzlei zu Zelle, von der bei diesem Gerichte vorhin üblichen Erklärungsart des Rescripts von 1734 abzugehen; und da, bei der hierdurch entstandenen Verschiedenheit der Meinungen, der gewiß höchst nachtheilige Umstand zu besorgen war, daß in den in der Folge vorkommenden Fällen die Straf-erkenntnisse bald so, bald anders beschlossen werden würden; so hielt es das Collegium für nothwendig, unter Darstellung der obenerwähnten Umstände und Gründe, eine Landesherrliche Erklärung zu erbitten:

Ob

b) Struben Th. 2. Bedenk. 108. S. 424.

Ob die in dem Rescripte vom 30sten März 1734 vorkommende Stelle: Wegen derer Weibespersonen u. s. w. von den, einen einfachen Ehebruch begehenden, Ehefrauen, oder von den dieses Verbrechens schuldigen ledigen Theilen zu verstehen sey?

Die gebetene Erklärung erfolgte zwar nicht ausdrücklich; indessen trat seit 1787, auch bei der Justizcanzlei zu Zelle, die allgemeine und in der Folge unveränderte Observanz ein, daß bei einfachen remittirten Ehebrüchen die Ehegatten, im Wege Rechtens, völlig gleich, zum Zuchthause oder zur Karre, die ledigen Theile aber zur Gefängnißstrafe verurtheilt wurden; und sämmtliche auf die Weise abgefaßte Straferkenntnisse, erhielten die Landesherrliche Bestätigung.

LIV Erörterung.

Ueber die Appellationen von den Verfügungen der Königl. Regierung zu Stade an das Königl. O. A. Gericht.

1.

Die vielfältigen Appellationen, welche von den Verfügungen der Königl. Regierung der Herzogthümer Bremen und Verden in der Absicht an das Königl. O. A. Gericht gebracht werden, daß dieses, vermöge seiner obersten Gerichtsbarkeit, jene Verfügungen aufheben möge, beweisen das Daseyn der Meinung von einem untergeordneten Verhältnisse der gedachten Regierung gegen das O. A. Gericht, und von einer Be-

Befugniß des letztern die Beschlüsse der Ersteren zu reformiren. Die Anwendung dieser irrigen Meinung veranlaßt den Appellanten unnütze Kosten, dem höchsten Gerichte aber unnöthige Vorträge, deren Zeit besser zu andern, ohnehin genung gehäuften Geschäften angewendet werden könnte. Es ist daher gewiß nicht unwichtig, die wahrscheinliche Veranlassung jener Meinung zu zeigen, den Irrthum derselben zu beweisen, und das wahre Verhältniß darzustellen, worin sich beide hohe Landes-Collegia gegen einander befinden.

2.

Schon zu der Zeit, als noch die Herzogthümer Bremen und Verden unter Königl. Schwedischer Landeshoheit standen, war die obere Justizpflege in diesen Provinzen der Justizcanzlei und dem Hofgerichte zu Stade anvertraut. Das dort angeordnete Regierungs-Collegium war auf keine Weise ein Gerichtshof, sondern beschäftigte sich ausschließlich mit eigentlichen Regierungssachen und solchen Angelegenheiten, welche die obere Landespolicei betrafen, a) und von deren Verfügung mithin, der Regel nach, keine Appellationen an das höchste Landesgericht Statt finden konnten. Entweder mogte aber damals die ungewisse Gränzlinie zwischen eigentlichen Regierungs- und Justizsachen zu zweifelhaft scheinen, um darüber eine allgemeine Bestimmung eintreten zu lassen, und dadurch alle Appellationen von Verfügungen der Regierung auszuschließen; oder man haftete auch zu sehr an der Meinung, daß das höchste Tribunal zu Wismar in allen Stücken, ohne Unterschied, in die Stelle der

a) Conf. Mevius P. 4. Decis. 230. Nro. 6.

der höchsten Reichsgerichte getreten sey; b) denn in der, 1657 zu Wismar publicirten, Ordnung des dortigen Tribunals findet sich ausdrücklich festgesetzt; daß über das Verfahren der Regierungen (mithin auch der zu Stade) Klage bei dem höchsten Tribunal geführt werden könne, und daß die Regierungen den bei ihnen eingewandten Appellationen zu deferiren hätten. c)

Der Nachtheil dieser, dem höchsten Tribunale allgemein beigelegten, Befugniß, die Appellationen von den Verfügungen der Regierungen anzunehmen und darüber zu entscheiden, äußerte sich bald. Sowohl die Bremische als Pommersche Regierung gerieth mit dem Tribunale zu Wismar in

b) Mevius P. 1. Dec. 207.

c) Die Worte der Ordnung sind folgende:

„Als wollen Wir auch, daß hinführo Unser Präsident, Vicepräsident und Assessores, alle dieselben Sachen, welche vorhin an die im römischen Reiche befindliche höchste Gerichte, entweder quoad primam instantiam anhängig gemacht, oder per Appellationem dahin devolvirt werden können, wann sie vor ihnen gebracht, annehmen, darüber Proceß erkennen und ferners richten sollen, gestalt dann auch bei Unsern Regierungen, Justiz-Collegiis oder Canzleien, Hof- und Ober-Landgerichten, denen an Unser höchstes Gericht interponirten Appellationen deferirt, nach der Intimation die Sachen dahin verwiesen, rechtliche Erkenntnüsse erwartet, denen von dannen abgehenden Compulsorialien, Inhibitionen und andern Verordnungen gelebet, und es nicht anders dann den Reichsconstitutionen und Gewohnheiten nach Rechtens und hergebracht gehalten werden soll."

Ferner heißt es:

„Wann sich jemand über Unsere Regierungen, Justizcollegien, oder Canzleien, Hof- und Ober-Landgerichte beschwerte, daß ihm das Recht versaget, oder zur Ungebühr verzögert, hat sich Unser Obergericht, auf vorgebrachte Klage, der Sache anzunehmen rc." Wismarsche O. A. G. Ordnung, Th. 2. Tit. 1. §. 1 u. 3.

in vielfältige Irrungen und Streitigkeiten über die Appellabilität der vorkommenden Sachen. Die Nothwendigkeit, diese Irrungen aus dem Wege zu räumen, veranlaßte vorzüglich die erste Visitation des Tribunals, und durch den, am 15ten Mai 1692 zu Stockholm landesherrlich bestätigten Visitationsabschied vom 15ten Decemb. 1688 suchte man der allgemeinen Vorschrift der O. A. G. Ordnung bestimmtere Gränzen zu setzen. Die Verfasser des Visitationsabschiedes erkannten an, daß es unthunlich sey, sämmtliche casus non appellabiles genau zu bestimmen, und sie begnügten sich daher, nur einige besondere Fälle namhaft zu machen, in denen die Appellationen entweder gar nicht, oder doch nur unter gewissen Einschränkungen und Verhältnissen Statt finden sollten. Uebrigens wurden im Allgemeinen die Appellationen von den Verfügungen der Regierungen so wenig aufgehoben, als dem Tribunale die Befugniß entzogen ward, über die Qualität der nicht ausdrücklich ausgenommenen Fälle und deren Appellabilität nach eigener Ueberzeugung zu entscheiden. Man schränkte die alte Verfassung blos durch folgende generelle Vorschrift ein:

„daß in causis extraiudicialibus et Mandatorum, wo die Beschwerde gegen die Regierungen, wegen Behauptung und Administrirung einiger Regalien, Aufrichtung guter Satzungen, in Policei oder andern, curam publicam concernirenden, Sachen per modum simplicis querelae oder appellationis geführt werde; es entstünden die Gravamina aus einigen Bescheiden, Anordnungen, Geboten oder Verboten, so dieselben (die Regierungen) vor sich selbst, oder auf eines Andern Angeben verfüget hätten, und dadurch Jemanden sein Privatrecht, so er dabei zu haben ver-

vermeinte, angefochten zu seyn vorwenden wollte; daß Königl. Tribunal dergleichen Beschwerden nicht leichtlich anzunehmen habe, es wäre dann, daß der Klagende sein Recht verisimiliter darthun könnte, und daß er die Handlung dawider von sich selbst von Rechts und Gewohnheits wegen verboten oder unrechtmäßig zu halten schiene, und ihm das Recht gewrigert, oder übel administrirt zu seyn klagte.“

In den letztgedachten Fällen ward es jedoch dem Tribunale noch zur Pflicht gemacht;

1) zuvörderst Bericht nebst Acten von den Regierungen zu erfordern und diesen anheim zu stellen, ob sie den Beschwerden selbst abhelfen wollten oder könnten;

2) In allen die Policei und den statum publicum betreffenden Sachen, vor Erkennung der Processe, jedes Orts Obrigkeit und des status publici Interesse reiflich zu erwägen, und wenn des Klagenden Recht zum wenigsten scheinbarlich nicht erhellen sollte, die Beschwerde ab, und an die Obrigkeit zu verweisen;

3) Nicht anders durch Inhibitionen den Effect der Regierungsverordnungen zu suspendiren, als wenn Gefahr beim Verzuge, ein damnum irreparabile, zu besorgen, oder das Factum so beschaffen sey, daß es nicht gerechtfertiget werden könne;

4) Alle dergleichen Sachen Processu summario abzuthun, und endlich

5) die Regierungen nicht zur Parthei zu machen, sondern es desfalls so zu halten, wie das Kaiserl. Cammergericht

mit den Appellationen von den Iudiciis auftregarum, dem Rothweilischen und andern Kaiserl. Gerichten zu verfahren pflege. d)

Diese Vorschrift diente dem Tribunale zu Wismar in folgenden Zeiten bei Appellationen von den Verfügungen der Bremischen Regierung zur Richtschnur.

3.

Als die Herzogthümer Bremen und Verden durch den 3ten Artikel des, mit dem Könige Friedrich IV. von Dännemark am 11ten Julius 1715 abgeschlossenen, Tractats, e) so wie nachmals durch den Stockholmer Friedensschluß vom $\frac{9}{20}$ November 1719, dem durchlauchtigsten Churhause Braunschweig-Lüneburg abgetreten wurden, und die Appellationen aus jenen Provinzen solchergestalt nicht mehr an das Tribunal zu Wismar gehen konnten; so ward, in Rücksicht der bis dahin bestandenen Verhältnisse der Regierung zu Stade, wegen der Appellationen keine ausdrückliche Abänderung verfügt. Die neu acquirirten Provinzen wurden der, vormals dem Wismarschen Tribunale zugestandenen, obersten Gerichtsbarkeit des Königl. O. A. Gerichts zu Zelle, ohne besonders hinzugefügte Ausnahme, unterworfen, f) und die dieser-

d) Abschied so bei solenner Visitation des K. hohen Tribunals in Wismar errichtet, public. 1692 §. 31. M. s. die 1739 herausgekommene gedruckte Sammlung der Königl. Schwedischen Gerichts-Ordnungen für die deutschen Provinzen, S. 159 u. f.

e) Lamberti Memoires pour servir à l'histoire du XVIII siècle, à la Haye 1731 Tom. 9. p. 296.

f) Es geschahe dieses durch das an das O. A. Gericht erlassene Königl. Rescript vom 19ten Novemb. 1715.

serhalb für die Unterthanen der Herzogthümer ergangene Verordnung, vom 16ten December 1715, enthält blos folgendes:

„Sr. Königl. Maj. von Großbrittannien ꝛc. zur Regierung dero Herzogthümer Bremen und Verden Verordnete, fügen hiemit zu wissen: Wasgestalt vor höchstgedachte Sr. K. M. allergnädigst verordnet, daß die Appellationes von denen Obergerichten dero Herzogthümer Bremen und Verden künftighin an das O. A. Gerichte zu Zelle gehen sollen ꝛc.“

Bei dieser Lage der Sache konnte das K. O. A. Gericht zu Zelle, welches an die Stelle des Wismarschen Tribunals getreten war, kein Bedenken finden, die bei diesem üblich gewesene Verfahrungsart völlig beizubehalten. Es wurden daher, unter Beobachtung der, im Wismarschen Visitationsabschiede enthaltenen, Einschränkungen vielfältig Appellationen von den Verfügungen der Regierung zu Stade angenommen, und darauf abändernde Erkenntnisse, theils durch Sentenzen nach erkannten Processen, theils, durch sofortige Rescripta cassatoria nach Einforderung des Berichts erlassen. Die wiederhohlten Vorstellungen der Brem- und Verdischen Regierung, daß diese Verfassung den Regiminal-Angelegenheiten nachtheilig sey, bewürkten aber im Jahre 1747 folgendes am $\frac{\text{20sten Novemb.}}{\text{1sten Decemb.}}$ von St. James aus erlassenes landesherrliches Rescript an das O. A. Gericht:

„Georg der Andere v. G. G. König u. s. w.“

„Es ist bishero von Unser Brem- und Verdischen Regie-

gierung verschiedentlich vorgebracht, daß ein oder anderer, welcher, durch ihre, in Regierungs- und ad publicam curam gehörigen Sachen gemachten Verordnungen und abgegebenen Bescheiden, vermeinte gravirt zu seyn, sich unternähme, davon zu appelliren und seine Beschwerde bei euch vorzubringen, solche auch von euch angenommen und darin cognosciret, auch wohl zu Zeiten Rescripta cassatoria sofort abgegeben würden, wodurch dann vielmahlen die heilsamsten, zu des Landes Besten gereichende, Absichten, bei der den meisten der dasigen Landes-Eingesessenen fast eigenen Streitsucht und Liebe zu Processen, wo nicht ganz vereitelt und verhindert, dennoch schwer gemacht würden."

„Ob Wir nun wohl Uns dabei auch allerunterthänigst vortragen lassen, wasgestalt in dem bei der Visitation des Tribunals in Wismar Anno 1688 errichteten, Anno 1692 bestätigten und publicirten Abschied, unter andern auch in Regierungssachen propter circumstantias, und da eines oder andern Recht mit einliefe, certo modo und mit Vorbehalt, Appellationes anzunehmen freigelassen; So können doch über die Frage: ob und wie weit eines dritten Recht bei gedachten Sachen einschlage, und ob solches gegründet sey, oder nicht? gar leicht solche Anstöße und Collisiones entstehen, die dem gemeinen Wesen und Publico höchst schädlich sind. Wir haben in diesem Betracht also nöthig gefunden, hiemit zu verordnen und euch expresse in Gnaden anzubefehlen, daß ihr künftig in allen Regierungs-, ad curam publicam gehörigen, von Unserer Brem- und Verdischen Regierung verordneten oder entschie-

schiedenen, Sachen, keine Appellation annehmet, noch Processe oder auch Inhibitiones und Rescripta cassatoria erkennet, besondern wenn von ihrer, vorbesagter Regierung, Verfügungen und Bescheiden dorthin appelliret und provociret wird, zuförderst wegen der angebrachten Beschwerden mit ihr communiciret und euch mit einander vernehmet, wann aber durch solche Communication und Correspondenz darüber keine Vereinigung erhalten werden könnte, ob es eine Justizsache sey oder nicht, solche entweder an Uns selbst, oder an Unsere heimgelassene Geheimde-Räthe remittiret, und solche zu Unserer oder ihrer Decision verstellet, und dieses zwar um so mehr, als ohnehin Unsere Brem- und Verdische Regierung, Inhalts des von Uns ihr s. d. Windsor den $\frac{7}{18}$ Aug. 1730 vorgeschriebenen Reglements und ertheilten Instruction, nächst Uns immediate von Unserm Geheimden-Raths-Collegio zu Hannover blos und allein ihre Dependenz hat, und unter keinem andern Unserer Collegiorum als diesem stehet. Wir verbleiben u. s. w."

Das K. O. A. Gericht hielt sich für verpflichtet, hiergegen eine allerunterthänigste Vorstellung einzureichen, durch welche man nicht allein die bisherige strenge Befolgung der Vorschriften des Visitationsabschiedes, sondern auch die möglichen Inconvenienzen der neuen Einrichtung darzulegen suchte. Es erfolgte aber hierauf keine gewünschte Entschließung, vielmehr erließen Sr. Königl. Maj. bei Höchstdero Anwesenheit zu Hannover, am 13ten November 1748, ein, das vorige bestätigende, Rescript des Inhalts:

Georg der Andere v. G. G. König u. s. w.

„Uns ist vorgetragen, was ihr, mittelst unterthänigen Schreibens vom 17ten Febr. a. c. wegen des an euch unterm $\frac{\text{20sten 9br.}}{\text{1sten xbr.}}$ a. p. erlassenen Rescripts, worinnen die Annehmung der Appellationen in denen von Unser Brem- und Vehrdischen Regierung verordneten oder entschiedenen Sachen reguliret worden ist, vorgestellet und angefraget habet. Gleichwie nun den Ordnungen und Wismarischen Tribunals Visitations-Recesse nach, die Regierungs-Sachen nicht appellabel sind, auf den Fall aber, da zwischen euch und gedachter Unser Regierung ein Dissensus, welcher mittelst zu pflegender Communication nicht zu heben ist, entstehet, ob die Sache bloß ad Regiminalia oder ad causas contentiosas, wobei ein jus Tertii et interesse privatorum einschlägt, gehöre; keinem andern als Uns oder Unserm Ministerio, die Cognition und Entscheidung competiren kann; So lassen Wir es bei der in oberwehnten Unserm Rescripto enthaltenen Verordnung lediglich bewenden. Wir sind euch u. s. w.

Bei dieser Landesherrlichen Abänderung des vorigen Gebrauchs ist es geblieben. Sind gleich in der Folge noch hin und wieder beim O. A. Gerichte Appellationen von der Regierung zu Stade angenommen und darauf Processe erkannt worden, wobei die Regierung den Appellationen deferirt hat; so kann doch hieraus durchaus kein Grund für die Beibehaltung der vormaligen Rechte des Tribunals zu Wismar hergenommen werden. Dergleichen Fälle traten ohnehin nur äußerst selten ein, und sie wurden, wie es scheint,

scheint, bloß durch eine zufällige geringe Stimmenmehrheit im Gerichte, und besonders dadurch veranlaßt, daß die bei denselben streitigen Gegenstände ganz offenbar und unwidersprechlich einzig Parthei oder Justizsachen waren. Wahrscheinlich vermogte auch nur die eigene Ueberzeugung von der Richtigkeit dieses letztern Umstandes die Regierung zu Stade, den eingewandten Appellationen connivendo zu deferiren, und auf diese, wiewohl nicht ganz ordnungsmäßige, Weise Partheisachen auf den Weg Rechtens zurückzubringen, die, nach vorgängiger vorschriftsmäßigen Communication, doch auf jeden Fall hätten abgegeben werden müssen. Aus den neuesten Zeiten finden sich gar keine Beispiele weiter, daß vom K. O. A. Gerichte auf Appellationen von der K. Regierung zu Stade Processe erkannt, und abändernde Entscheidungen erfolgt sind. Man hält sich mit der größten Strenge an die dieserhalb vorhandenen Landesherrlichen Vorschriften, und gewöhnlich wird sofort auf die, mit Fristgesuchen zur Rechtfertigung verbundenen, Einführungen der Appellationen zum Bescheide ertheilt: daß das Gesuch nicht gewährt werden könne, weil keine Appellationen von den Regierungsverfügungen statt fänden. Ueberzeugt sich das O. A. Gericht, durch den Vortrag des Imploranten, davon, daß der Gegenstand der gravirenden Verfügung entweder ganz oder zum Theil eine im Wege Rechtens zu erörternde Partheisache ausmacht; so wählt dieses höchste Tribunal die mehrste Zeit den directen Weg selbst durch ein Collegialschreiben, die Gründe seiner Ueberzeugungen der Regierung vorzulegen, und auf die Art, die Verweisung der Sache an den ordentlichen Gerichtsstand zu bewirken. Selten verfehlt dieses Mittel seinen

nen Zweck, und mehrere Fälle geben den ruhmvollen Beweis, wie bereitwillig die K. Regierung zureichenden Gründen, auch in diesem Stücke, Gehör giebt, und wie wenig es einer Landesherrlichen Dazwischenkunft bedarf, um den Unterthanen eine richterliche Untersuchung und Entscheidung über ihre Privatrechte zu sichern.

4.

Aus diesem allen zeigt sich, daß die Meinung, es könne von den Verfügungen der Regierung zu Stade appellirt werden, sich allein auf die vor dem Jahre 1747 stattgefundene Verfassung gründet; daß aber diese Meinung bei veränderten Umständen ganz irrig ist, und daß gegenwärtig keine dergleichen Appellationen mehr möglich sind, weil das Rechtsmittel der Appellation immer ein untergeordnetes Verhältniß des Judicii oder Collegii a quo zu dem Judicio ad quod voraussetzt, welches zwischen der Regierung zu Stade und dem O. A. Gerichte zu Zelle gänzlich ermangelt. Nur in den Fällen, wo entweder durchaus oder zum Theil eine wahre Justizsache zum Grunde liegt, und die K. Regierung etwa durch ihre Einmischung die gerichtliche Entscheidung über das Interesse privatorum ausschließen, oder erschweren sollte, kann der beschwerte Theil, mit der Hofnung eines guten Erfolgs, sich an das höchste Gericht wenden. Sehr irrig würde man diesen Recurs als eine eigentliche Appellation behandeln. Der Implorant kann, verfassungsmäßig, eine sofortige Abänderung der ihn beschwerenden Verfügung weder bitten noch erwarten, und das Gesuch ist bloß dahin zu richten, daß das K. Tribunal durch Communication mit der K. Regierung die Verweisung

der

der Sache an den ordentlichen Gerichtsstand bewirken möge.

Wenn gleich, wie schon oben bemerkt worden ist, das K. O. A. Gericht ein solches Gesuch, wenn es anders durch die Beschaffenheit der Sache begründet wird, gewöhnlich nicht abweiset; so scheint es doch in den mehrsten Fällen ganz unnöthig zu seyn, den obersten Gerichtshof sofort, und so zu sagen, in erster Instanz zu der vorgeschriebenen Communication aufzufordern, deren vortheilhafte Endschaft immer nur darin bestehen kann, daß die Sache zur gehörigen Erörterung an den ordentlichen und ersten Gerichtsstand verwiesen wird.

Die Richter der ersten Instanzen haben, so gut wie das höchste Tribunal, die Befugniß und Verbindlichkeit, durch diensame Vorstellungen für die Aufrechthaltung einer ungekränkten Justizpflege zu sorgen, und da die K. Regierung gewiß immer überzeugenden Gründen Gehör gibt, ohne darauf zu sehen, ob dieselben von einer obern oder untern Gerichtsstelle vorgetragen werden; so ist es zuverläßig der natürlichste Weg, daß sich jeder zuerst an seinen ordentlichen Gerichtsstand wendet, und von diesem die Vertretung seiner Rechte bei der Regierung verlangt. Erst dann, wenn die erbetene Vorstellung an die Regierung, in der ersten und mittlern Instanz, verweigert wird, oder fruchtlos bleibt, tritt eigentlich die Verpflichtung des höchsten Gerichtshofes ein, sich der Sache anzunehmen, und wenn diese Verhältnisse nicht immer strenge beobachtet werden, so ist dieses nur für eine Ausnahme von der Regel anzusehen. Sehr wünschenswerth wäre es aber, daß die Partheien, in allen

len vorkommenden Fällen, durch eine strenge Beobachtung der Regel, sich selbst Kosten, und dem K. O. A. Gerichte unnöthige Vorträge ersparen mögten.

LV Erörterung.

Ob Appellationen von den Erkenntnissen des Königl. Hofmarschal-Amts zu Hannover an das Königl. O. A. Gericht stattnehmig sind?

Im Jahre 1759 beschwerte sich der Läufer S. des damaligen Oberschenken v. L. zu Hannover bei dem dortigen K. Hofmarschal-Amte, über eine harte und contractswidrige Behandlung von Seiten seines Dienstherrn. Die Klage ward auf eine für S. sehr ungünstige Art abgewiesen, und als dieser gegen das Erkenntniß die Appellation an das höchste Tribunal einwandte; so ertheilte das K. H. M. Amt am 27sten Mai 1759 zum Bescheide:

„Da von dem Erkenntniß K. H. M. Amts keine Appellation statt findet, welches intus benannter Sachwalter, da er bei jenem Processe führen will, billig wissen sollte; Als wird gegenwärtige Schrift wiederum zurück gegeben."

Der Implorant S. ließ sich hierdurch nicht abschrekken, sondern brachte demunerachtet die Rechtfertigung des eingelegten Rechtsmittels beim K. O. A. Gerichte ein. Dieses hielt seine Gerichtsbarkeit für begründet, und verwarf

warf die Appellation bloß wegen des Mangels der Appellationssumme, und einer anscheinenden Beschwerde.

Um jedoch für die Zukunft mögliche Weitläuftigkeiten und Irrungen zu vermeiden, fand das Gericht es diensam, die vom K. H. M. Amte in dem Bescheide vom 27sten Mai 1759 geäußerte Meinung, mittelst Berichtes vom 25sten Julius d. J., Sr. Königl. Majestät allerhöchst selbst anzuzeigen, und um nöthige Vorschrift für künftige Vorfälle zu bitten. Das K. H. M. Amt erhielt hierauf folgende Landesherrliche Anweisung vom 18ten Dec. 1759.

Georg der Andere, König u. s. w.

„Unser O. A. Gericht hat von Uns eine Vorschrift darüber verlangt, ob von euren Erkenntnissen eine Provocation zulässig sey? Ihr werdet euch nun erinnern, welchergestalt in dem, euch unterm 1. September 1735 ertheilten, Reglement §. 6. verordnet sey, daß die an euch gebrachte Klagen, wenn solche weitläuftige Untersuchungen und Processus erfordern, an Unsere Justiz-Collegia abzugeben wären. Gleichwie aber dieser Fall alsdann eintritt, wenn einer oder der andere Theil durch eure Erkenntniß sich beschweret erachtet, mithin Remedia iuris dagegen zur Hand nehmen will: Also finden Wir Uns bewogen, hierdurch zu verordnen, und fest zu stellen, daß solchenfalls, dafern anders die Sache nicht den Dienst der euch untergebenen Personen betrift, als welche von euch allein beizulegen, und zu schlichten ist, ihr auf die von der Parthei bei euch gethane Anzeige, solche einem Unserer Justiz-Collegiorum abzugeben und zu überlassen habet, von dessen Erkenntnissen sodann,

nach Beschaffenheit der Umstände, an Unser O. A. Gericht appellirt werden kann.

Diese Vorschrift ward dem höchsten Tribunale, durch ein, St. James den 18ten December 1759 datirtes, Königliches Rescript, des Inhalts, mitgetheilt:

Georg der Andere, König u. s. w.

„Uns ist, aus eurem unterthänigsten Bericht Schreiben, vom 25sten Julius d. J. vorgetragen worden, wie bei Gelegenheit einer von J. L. S. gegen Unsern Oberschenken v. L. an euch gebrachten Sache zur Frage gekommen sey, ob gegen die Erkenntnisse Unsers Hofmarschall-Amts eine Provocation zuläßig sey? und daß ihr mit Vorschrift darüber versehen zu werden wünschet. Nun ist zwar in einem, besagtem H. M. Amt unterm 7ten December 1723 ertheilten Reglement festgesetzet, und verordnet worden, daß, in Betracht selbiges auch in Jurisdictionalibus von einem Unserer Collegiorum einige Dependenz oder Subordination vorhin nicht gehabt, dasselbe keine andere als unmittelbar von dem Landesherrn kommende Befehle annehmen, folglich mit keinen ad Mandatum ausgefertigten Rescriptis belegt werden solle. Gleichwie ihr aber dagegen aus der copeilichen Anlage ersehet, wie Wir selbiges anweisen, wie überhaupt alle Sachen, so weitläuftige Processus und Untersuchungen erfordern, also insonderheit diejenige, in welchen ein Theil bei dessen Erkenntnissen sich nicht beruhigen, sondern dagegen Rechtsmittel zur Hand nehmen will, an Unsere Justiz-Collegia abzugeben: Also werdet ihr daraus abnehmen, daß, da gegen deren Bescheide und

und Urtheile demnächst an euch appelliret werden kann, die vorgekommene Frage sich sodann von selbst erledige. Wir verbleiben u. s. w."

Der Inhalt dieser Landesherrlichen Vorschriften zeigt sehr deutlich: daß von den Verfügungen und Erkenntnissen des K. H. M. Amts nie eine unmittelbare Appellation an das höchste Tribunal statt findet. Es betreffen jene Verfügungen entweder den Königlichen Hofdienst, oder die Privat-angelegenheiten und Rechte der dem Hofmarschal-Amte untergeordneten Personen. In dem ersten Falle sind, aus leicht begreiflichen Gründen, alle Provocationen an die Justiz-Collegia ausgeschlossen. Im andern Falle soll zwar den beim H. M. Amte vorgekommenen Partheisachen, wenn dieselben entweder einen weitläuftigen Proceß erfordern, oder wenn eine der Partheien sich nicht bei der ergangenen Verfügung beruhigen will, der fernere Weg Rechtens vorbehalten seyn. Es ist jedoch hierbei nicht von eigentlichen Appellationen an andere Collegia, und am allerwenigsten von unmittelbaren Appellationen an das höchste Tribunal die Rede. Das K. H. M. Amt ist bloß angewiesen, die vorkommenden Parthei- und Untersuchungssachen, welche den Hofdienst nicht betreffen, bei den vorerwähnten Verhältnissen, an die Königl. Justiz-Collegia, d. h., an die Justizcanzleien oder Hofgerichte, abzugeben und zu überlassen. Die gebrauchten Ausdrücke: abgeben, überlassen; verbunden mit dem Umstande, daß sich das K. H. M. Amt gegen die Justizcanzleien und Hofgerichte durchaus nicht in einem untergeordneten Verhältnisse befindet, zeigen hinlänglich, daß diese Justiz-Collegia nicht etwa als

Appellationsrichter, die Verfügungen des K. H. M. Amts, in oberer Instanz abändern oder bestätigen; sondern vielmehr über die abgegebenen Sachen, nach vorgängiger ordnungsmäßiger Erörterung derselben, in erster Instanz erkennen sollen. Erst von diesen, in erster Instanz durch die Justizcanzleien oder H. Gerichte, im eigenen Namen, gefällten Erkenntnissen wird an das K. O. A. Gericht appellirt, und es ist solchergestalt nicht zu bezweifeln, daß, obgleich den der Hofstaats-Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen in ihren Rechtssachen der Weg bis zur obersten Instanz nicht abgeschnitten ist, dennoch das K. H. M. Amt nicht für ein dem höchsten Tribunale untergeordnetes Gericht angesehen werden kann.

Selbst dann, wenn das K. H. M. Amt, den landesherrlichen Vorschriften zuwider, die Abgabe und Ueberlassung einer Rechtssache an die Justiz-Collegia einer darauf provocirenden Parthei verweigerte, würde keine auf eine abändernde Verfügung abzweckende Beschwerde hierüber bei dem K. O. A. Gerichte Statt finden. Inhalts der Königl. Erklärung in dem Rescripte vom 18ten December 1759 soll das K. H. M. Amt auch in Jurisdictionalibus keine andere als unmittelbar von dem Landesherrn kommende Befehle annehmen und mit keinen ad Mandatum ausgefertigten Rescriptis beleget werden. Das K. O. A. Gericht würde daher die Gränzen seiner Befugnisse überschreiten, wenn dasselbe das K. H. M. Amt zur Beobachtung der landesherrlichen Vorschriften anweisen wollte. Durch das Anrufen einer Parthei in dem vorausgesetzten Falle könnte das höchste Tribunal, vermöge der ihm zukommenden Besorgung einer durchgängig un-

ungekränkten Justizpflege sich allenfalls nur bewogen finden, mittelst einer mit dem K. H. M. Amte zu eröfnenden Collegialischen Correspondenz, diesem Collegio die Gründe für die Ueberlassung der Sache an die ordentlichen Gerichte vorzulegen, und wenn die Correspondenz fruchtlos bleiben sollte, den streitigen Vorgang zur eigenen landesherrlichen Kenntniß und Verfügung Sr. Königl. Majestät zu bringen.

LVI Erörterung.

Fatale notificandae appellationis.

Die Gerichtsordnungen a) verstatten, daß auch vor Notar und Zeugen die Einwendung der Appellation geschehen kann. Schon der Ausdruck: Zeugen, ergiebt, daß der Notar dabei wenigstens zwei Zeugen zuziehen b) und das Instrument in der gesetzmäßig vorgeschriebenen Form ausfertigen muß, wenn derselbe nicht straffällig werden will. c) Damit aber der Unterrichter in der Sache nicht fortfährt und mithin der Appellant nicht um die suspensiv Wirkung der Appellation kommen mag, ist es erforderlich, daß dem Unterrichter von der geschehenen Einwendung der Appellation glaubhafte Nachricht, mittelst Einlieferung der Notariatsur-

a) O. A. G. O. Th. II. §. 3 u. 5. Zellesche Canzleiordnung art. 34. Calenberg. K. O. Tit. 30. §. 1. Pufendorf proc. civ. cap. I. Sect. II. §. 2.

b) Des O. A. G. gemeiner Bescheid vom 31sten Sept. 1726.

c) Des O. A. G. gemeiner Bescheid vom 17ten Mai 1715.

urkunde ertheilt wird. Man pflegt dies das fatale notificandae appellationis zu nennen.

Diese glaubhafte Nachricht von der eingewendeten Berufung muß aber nach Vorschrift der Tribunals-Ordnung d) dem Unterrichter binnen 30 Tagen ertheilet werden. Versäumt der Appellant binnen 30 Tagen diese Anzeige bei dem Unterrichter zu machen, so würde dadurch an sich die Appellation nicht für desert zu achten seyn; vielmehr der Appellant blos um die suspensiv Wirkung kommen: denn, wenn der Unterrichter vor geschehener Notification in der Sache, z. E. auf Anrufen der Parthei, mit der Execution fortfährt, so begehet derselbe kein Attentat, und der Appellant kann sich nicht super attentatis beschweren. In so fern jedoch der Appellant mit der Notification zugleich das Gesuch um Mittheilung der Acten verbinden muß, sind die 30 Tage allerdings als eine Nothfrist zu betrachten; denn wenn das fatale requisitionis actorum, welches auf 30 Tage eingeschränkt ist, e) nicht befolgt wird, so hat solches die Strafe der Desertion zur Folge. Wenn indeß die Bitte um Mittheilung der Acten, in der vorgeschriebenen Zeit, in einem eignen Schriftsatze nachgehohlt, aber von dem Appellanten verabsäumt wird, die coram notario et testibus geschehene Interposition dem Unterrichter anzuzeigen; so pflegt dem Appellanten in dem auf die Einführung der Appellation f) abzu-

d) a. a. O. „geschiehet die interpositio coram notario et testibus ist dieselbe intra diem *trigesimum* dem iudicio a quo zu notificiren und binnen solcher Zeit editio actorum zu requiriren."

e) Oelze Einleit. zur gerichtl. Praxis, §. 310.

f) Pufendorf proc. civ. cap. I. Sect. IV. §. 3 seqq.

abzugebenden Bescheide, die Auflage zu geschehen: dem Unterrichter die interponirte Appellation zu notificiren. Und solches geschiehet auch alsdann, wenn, wie es der Gerichtsgebrauch verstattet, g) die Appellation unmittelbar bei einem der hiesigen höhern Gerichte interponirt wird. Uebrigens pflegt, wenn das fatale notificandae et requisitionis actorum verabsäumt ist, von den Obergerichten leicht Restitution ertheilt zu werden; weil sich bei dieser Verabsäumung eher blos Unwissenheit und Unachtsamkeit als justizverzögerliche Absicht voraussetzen läßt.

LVII Erörterung.

Die Zuschiebung des Haupteides, wenn der nachgelassene Beweis durch Zeugen nicht hinlänglich geführt ist, muß binnen zehn Tagen nach dem eröfneten Erkenntnisse geschehen.

Nach den hiesigen Gerichtsordnungen ist zur Beweisfrist eine Zeit von sechs Wochen festgesetzt, binnen welcher die Antretung des Beweises geschehen muß, sonst ist der Beweis erloschen; weil der Beweis-termin jedesmal als eine Nothfrist betrachtet werden soll. a) Diese präclusivische Kraft der Beweisfrist erstreckt sich daher auf alle Arten der Beweisführung und folglich auch auf die Eides-delation.

Zwar

g) Pufendorf l. c. cap. I. Sect. II. §. 4.

a) Pufendorf in proc. civ. Br. Luneb. P. III. cap. VI. §. 12.

Zwar sind verschiedene Rechtsgelehrte,[b] welche behaupten, daß dieselbe, weil sie ein subsidiarisches Beweismittel ist, auch nach Ablauf der Beweisfrist annoch zugelassen werden müßte. Allein diese Meinung kann mit der Natur einer peremtorischen Beweisfrist nicht bestehen.[c] Wenn daher der Beweisführer weder Zeugen noch Documente ausfindig machen kann und seine Zuflucht zur Eidesdelation nehmen will; so muß er den Eid vor Ablauf des termini probatorii, wie er vom Richter bestimmt, oder in den Ordnungen festgesetzt ist, seinem Gegner zuschieben.[d] Ganz anders verhält es sich aber

I. wenn ein Eid erst in der Appellations-instanz gefordert wird; weil dem Appellanten das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi nicht versagt werden kann. Indeß ist diese Zuschiebung des Eides nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Unterrichter keine Beweisfrist bestimmt hat, sonst muß, nach deren Ablauf, erst um Restitution gebeten werden.

II. Wenn Jemand, während des Beweistermins, den Beweis durch Zeugen angetreten, aber doch durch die Aussagen derselben dasjenige nicht erwiesen hat, was ihm zu

b) Köchy Medidat. über interessante Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit B. I. S. 43 ff. Malblanc doctrina de iureiurando §. 53. Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. S. 390. von Tevenar Theorie der Beweise. S. 157. Schmidts Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien. B. 2. Nr. 29.

c) Oelze Anleitung z. jurist. Praxis. §. 177. Sieber Anleit. z. Proceß, §. 195.

d) Pufendorf a. a. O. P. III. cap. V. §. 8.

zu erweisen obgelegen, oder nachgelassen ist: so kann er, nach dem Gerichtsgebrauche, dem Gegentheile annoch den Haupteid deferiren und davon ist von Pufendorfs e) Behauptung zu verstehen, daß die Eides-delation nach Ablauf des termini probatorii noch Statt finde und zugelassen werde.

An sich sollte die Zuschiebung des Eides nach völlig schlecht ausgefallenem Beweise durch Zeugen nicht weiter zulästig seyn; f) wenn nemlich der Richter den Beweis auferlegt und den Beweistermin bestimmt hat. Inzwischen wird die Zuläßigkeit desselben durch den hiesigen Gerichtsgebrauch gerechtfertigt. g)

Nun entstehet aber dabei die Frage: wann und binnen welcher Zeit, im Falle der Beweis durch Zeugen für unzulänglich erkannt wird und der Beweisführer sich vorhin die Eides-delation nicht besonders reservirt hat, die Eideszuschiebung geschehen muß? Diese Frage ist nicht ausdrücklich entschieden. Eigentlich sollte der Beweisführer nach eröfneten Zeugenkundschaften, ehe darüber ein Decisiverkenntniß erfolgt, den Eid deferiren, oder sich, wie auch meistens geschiehet, bei der deductione ex rotulis denselben vorbehalten, sonst aber nicht weiter damit gehöret werden. Allein oft glaubt der Beweisführer den Beweis durch der Zeugen Aussagen genugsam geführt zu haben und unterläßt es, vor dem Erkenntnisse den Eid zu deferiren oder sich zu reserviren. In die-

e) in Observ. Tom. I. obs. 154.

f) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. Th. 1. §. 484.

g) Klaproth Proceß S. 425.

diesem Falle muß der Eid, wenn der Beweisführer das Erkenntniß oder Decret, mittelst welchen der geführte Beweis durch Zeugen für nicht hinlänglich erkannt wird, anerkennen und keine Rechtsmittel dagegen einlegen will, binnen zehn Tagen a die publicatae sententiae, oder a die notitiae decreti deferirt werden. Wird aber wider das Erkenntniß oder Decret von dem Beweisführer ein suspensivisches Rechtsmittel eingewendet; alsdann muß der Eid binnen zehn Tagen, von dem Tage des abschläglichen eröfneten Erkenntnisses oder des eröfneten desertorii, oder von der Zeit angerechnet, wo der Beweisführer von dem reiectorio oder desertorio Nachricht erhalten hat, deferirt werden. i) Nachher ist die Eideszuschiebung überall nicht weiter zuläßig; weil sonst dem Gegentheile die Würkung der Rechtskraft entzogen werden und derselbe die Eides-delation noch immer zu fürchten haben würde. Das Collegium hat nach diesen Grundsätzen öfters und noch neuerlich im Dec. 1795 in S. Krüger c. Gördeler p. iuramenti delationis erkannt.

LVIII

h) Danz Grundsätze des gemeinen bürgerl. Processes §. 264. 267 u. 268. Im Herzogthum Wolfenbüttel ist solches ausdrücklich in der Verordn. vom 17ten Mai 1757 in puncto iuramentorum bestimmt. Fredersdorf promtuarium Th. 1. S. 118.

LVIII Erörterung.

Von dem Eigenthume der protestantischen Kirchengebäude, und über die Frage: ob, und in wie weit die Einwilligung protestantischer Eingepfarrten zu den an der Kirche vorzunehmenden Bauen und Besserungen erforderlich ist?

Die Kirchen, oder diejenigen geistlichen Gebäude, welche zur Ausübung der öffentlichen Gottesverehrung bestimmt sind, [a] werden bei den catholischen Glaubensgenossen als Gott besonders geheiligte und zugeeignete Gegenstände, als res sacrae, betrachtet. Nach protestantischen Grundsätzen ist dieser Begrif nicht völlig passend; denn in Gemäsheit derselben wird den Kirchen an sich selbst keine besondere Heiligkeit beigelegt, und die Eigenschaft einer rei sacrae findet bei den protestantischen Kirchen nur in der Rücksicht Statt, daß auch diese auf keine Weise sich in commercio privatorum befinden. [b] Sowohl der ganzen Gemeinde, als jedem einzelnen Mitgliede derselben, stehet das Recht zu, ihrer Pfarrkirche sich ad usus sacros zu bedienen, keinesweges kann aber die Gemeinde auf das Eigenthum der Kirche oder der zu selbiger gehörenden Kirchengüter einigen Anspruch machen. Nicht ohne anscheinende Gründe legen verschiedene Schriftsteller dieses Eigenthum den protestantischen Landesherren

 bei;

a) G. L. Böhmer Princ. Jur. Canon. Lib. 3. Sect. 5. Tit. 1. §. 591.

b) Groenwegen Tract. de Leg. abrog. ad §. 8. Instit. Tit. de Rer. Divis. I. H. Böhmer Jur. Paroch. Sect. 5. Cap. I. §. 5. Sam. Stryk Us. Mod. Pand. Tit. de Rer. Divis. §. 11.

bei; c) und gesetzt auch, daß man diese Meinung in ihrem ganzen Umfange nicht annehmen wollte; so kann doch nie von einem Eigenthumsrechte der Eingepfarrten die Rede seyn, und es ist unbezweifelt gewiß, daß dem Landesherrn suprema cura ecclesiarum et rerum ecclesiae tam sacrarum quam ecclesiasticarum zukömmt. d)

Die specielle Aufsicht über einzelne Kirchen und die Verwaltung der dazu gehörigen Kirchengüter ist gewöhnlich einigen aus der Gemeinde genommenen Administratoren aufgetragen, deren Benennung nicht an allen Orten gleich ist. Es werden dieselben, nach Verschiedenheit des Landes oder Ortsgebrauchs, Kirchenväter, Kirchenbeschworne, Kirchenjuraten, Gotteshaus- oder Heiligenpfleger, Kastner, Kastenvoigte, Kastenvorsteher, Altarleute, Kirchenvorsteher oder Provisores templi genannt. e) In den ersten Zeiten der kirchlichen Verfassung bestellte die Gemeinde jeder Kirche diese Administratoren selbst aus ihren Mitteln. Diese dem Rechte und der Billigkeit angemessene Gewohnheit verlor sich jedoch in der Folge durch die überhandnehmende Macht der Bischöfe. Selbst in protestantischen Ländern erhielten die Gemeinden, nicht wieder allgemein, ihr altes jus constituendi, und daher kommt es, daß jezt an den mehrsten Orten die Bona officio parochiali annexa in usu et pos-

c) Sam. Stryk loc. cit. Carpzov Jurispr. Eccles. L. 2. Def. 334.

d) Instrum. Pac. Osnabr. Artic. 5. §. 14. 25. Böhmer Jur. Paroch. Sect. 6. Cap. 1. §. 23. Jur. Eccles. Protest. Tom. 3. Lib. 3. Tit. 48. §. 15. de Pufendorf Tom. 1. Observ. 39 et Tom. 4. Observ. 103.

e) Linck de Jure Episc. Cap. 10. Nr. 18.

possessione Parochorum sind, die übrigen Kirchengüter aber entweder von den Kirchenpatronen selbst, oder von Administratoren verwaltet werden, welche die Patronen oft allein bestellen. f)

Eine der vorzüglichsten Amtspflichten der Kirchenadministratoren besteht darin, daß dieselben auf das Gebäude der Kirche, und auf dessen bestmögliche Erhaltung und Reparation, ihre Sorgfalt richten müssen; indessen erstreckt sich diese Aufsicht nicht so weit, daß die Administratoren, vermöge derselben, eigenmächtig an der Kirche bauen und verändern lassen können, vielmehr muß zu allen vorzunehmenden Bauen und Besserungen, besonders wenn dieselben von einiger Wichtigkeit sind, die Einwilligung des Landesherrn, oder des von demselben bestellten Consistorii, eingeholt werden. g)

Besitzt die Kirche selbst Güter und Vermögen; so hat es kein Bedenken, daß die Kosten der vorfallenden Baue und Besserungen vorzüglich aus den Aufkünften der Kirchengüter zu nehmen sind, und in diesem Falle ist die Erforderung des Gutachtens und der Einwilligung der Eingepfarrten nicht nothwendig. Sollte aber eine Kirche kein eigenes Vermögen haben, oder sollte dasselbe zur Bestreitung der nothwen-

f) I. H. Böhmer Jur. Paroch. Sect. 6. Cap. 1. §. 19. Brunnemann Jur. Eccles. Lib. 1. Cap. 6. §. 18. Linck Jura Episcop. Cap. 10. §. 36.

g) Sam. Stryk Us. Mod. Pand. Tit. de R. D. §. 2. Carpzov Jurispr. Eccles. Lib. 12. Def. 334. Böhmer J. Eccles. Protest. Tom. 3. Lib. 4. Tit. 48. §. 12.

wendigen Baue und Besserungen nicht hinreichen; so müssen die Eingepfarrten die erforderlichen Kosten in subsidium stehen und aufbringen. h)

Nur in diesem letzten Falle erfordert es das Recht und die Billigkeit, daß die Eingepfarrten zu den Berathschlagungen über die vorzunehmenden Baue und Besserungen zugezogen und mit ihrem Gutachten gehört werden, weil sie ein großes Interesse dabei haben, wie die von ihnen zu leistende Beiträge verwandt werden, und weil, der Regel nach, jeder gehört werden muß, der belastet werden soll. i)

Diese Rechtsgrundsätze kamen bei Entscheidung des Rechtsstreits, in Sachen der Gildevorsteher und Lohnherrn zu Hameln wider den Magistrat daselbst, zur Anwendung. Der Magistrat zu H. hatte nämlich als Patron einer dortigen Kirche, auf Antrag der zeitigen Kirchenprovisoren, eine unbedeutende Veränderung der Sacristei verfüget, und die Kosten dazu aus dem Vermögen der Kirche genommen. Die Gildevorsteher und Lohnherrn protestirten, als Stellvertreter der Bürgerschaft, wider diese Veränderung, und verlangten die Wegräumung derselben aus dem Grunde, weil der Bürgerschaft das Eigenthum der Kirche zustehe, und weil ohne die hier vernachläßigte Zuziehung und Einwilligung

h) Concil. Trident. Sess. 21 de Reform. Cap. 7. Böhmer Jura Paroch. Sect. 7. Cap. 3. §. 5 seq. Carpzov Jurispr. Eccles. Def. 336. Nr. 8.

i) L. 36. Dig. de Adopt. L. 47. Dig. de R. J. Peckius de Repar. Eccles. Cap. 16. Böhmer Jura Paroch. Sect. 6. Cap. 2. §. 23. Carpzov Jurispr. Eccles. Lib. 2. Def. 336.

gung der Bürgerschaftsvorsteher, durchaus keine Baue, Besserungen und Veränderungen an der Kirche vorgenommen werden dürften.

Das Königliche O. A. Gericht erkannte aber in der, nachmals auch in der Restitutionsinstanz bestätigten Sentenz vom 16ten December 1786 folgendermaßen:

„Wenn gleich die Frage wegen der Concurrenz der Kläger zu der von ihnen angefochtenen Verfügung der Beklagten sich allerdings zu einer Justizsache qualificiret, nachdem jedoch das Petitorium bereits so klar, daß es einer Entscheidung des ohnehin in substrato von Seiten der Kläger sich ganz unstatthaft angemaßten Possessorii nicht bedarf, Kläger auch den ihnen zur Begründung der sich wider die gemeinen Rechte und Landesgesetze angemaßten Befugniß obliegenden Beweis: gestalten nämlich die Vorsteher und Lohnherrn auch zu den ex aerariis ecclesiae, ohne eine extraordinaire gemeine Anlage, zu bestreitenden Kirchenbauen und Reparationen vor 1688 vorgängig gemeiniglich zugezogen worden, oder auch nachher diese ihre Theilnahme an den desfalsigen Veranstaltungen des Magistrats, auf eine rechtliche Weise, erworben haben, so wenig geführt, daß vielmehr allenthalben das Gegentheil sich ex actis deutlich zu Tage legt; daß solchemnach Beklagte nicht nur mit dem ihnen in sententia a qua auferlegten Beweise zu verschonen, sondern auch von der wider sie erhobenen Klage gänzlich zu entbinden.“

LIX Erörterung.

Geistliche Gebäude.

Die Reparatur der geistlichen Gebäude wird entweder aus dem Kirchenvermögen bestritten, oder die Reparaturverbindlichkeit liegt dem Kirchenpatron oder den Eingepfarrten ob. a) In dem letzten Falle ist es zuweilen streitig, welche Gebäude eigentlich zu den geistlichen zu rechnen sind? Nach dem Sinne unserer Landesgesetze sind darunter nicht nur die Kirchen: Pfarr- Wittwen- Schul- Küster- und Organisten-Gebäude, sondern auch die Befriedigungen der Höfe und Gärten derselben; b) ingleichen die Gottesäcker oder Kirchhöfe, die Glockenstühle und dergl. zu verstehen. Man muß aber dahin auch die erforderlichen Wirthschafts-Gebäude, als: Scheuern, Ställe u. s. w. zählen. Zwar behauptet Beneckendorf, c) daß die Wirthschafts-Gebäude von den Predigern selbst auf ihre Kosten repariret und im Dache und Fache erhalten werden müßten; dieses muß aber wohl nur, wie bei den geistlichen Wohnungen und Gebäuden, von geringen Nebenreparaturen z. B. der Thüren, Schlösser und dergl. verstanden, keinesweges aber auf bedeutende und Hauptreparationen erstreckt werden. d)

Wenn

a) A Pufendorf Tom. I. obs. 122 et. 229.

b) Kirchenordnung Cap. IV. §. 24. Cap. XII. §. 15. Cap. XIII. §. 36.

c) *Oeconomia forens.* Th. I. S. 189.

d) A Pufendorf Tom. IV. obs. 201 u. 202. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann u. Günther Th. 1. S. 149 ff. von Quistorps rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit. 78 Bemerk. S. 269.

Wenn übrigens die Eingepfarrten zur Erbau- und Unterhaltung der geistlichen Gebäude einmal verpflichtet sind; so ist ein jeder Besitzer unbeweglicher Güter, es mögen dieselben Allodial oder Lehnadlich frei seyn, oder nicht, zu den Bau- und Reparationskosten der geistlichen Gebäude des Kirchspiels, worin diese Güter belegen, zu concurriren verbunden; wenn die Besitzer adlich freier Güter und Grundstücke nicht erweisen können, daß sie eine Befreiung davon auf eine zu Recht beständige Weise hergebracht, oder erworben haben. e) Es ist auch von K. Justizcanzlei am 26sten September 1795 also erkannt, in S. der Eingesessenen zu Hermannsburg wider den Hofmarschal v. Staffhorst p. Concurrenz zu den Baukosten geistl. Gebäude, und das K. O. A. Gericht hat dieses Erkenntniß, mittelst Bescheides vom 9ten Mai 1796, bestätiget.

LX Erörterung.

Ueber den Grundsatz des Beitrages zur Erbauung und Reparation der Pfarr- Schul- und anderer geistlichen Gebäude.

Bei der Bestimmung des Beitrages, welchen jedes einzelne Mitglied der Pfarrgemeinde, zur Bestreitung der Bau- und Reparationskosten geistlicher Gebäude, zu erlegen hat, ist zunächst auf Verträge, Gewohnheiten und rechtskräfti-

e) A Pufendorf Tom. 1. obs. 229.

ge Entscheidungen zu sehen. a) Wo aber diese abgehen, pflegen öfters zwischen den Voll- und Halbhöfnern, Köthnern und Brinksitzern, über das Verhältniß der Beiträge Processe zu entstehen, und alsdenn kommt es auf die Entscheidung der Frage an: nach welchen Grundsätzen die Concurrenz zum Beitrage zu bestimmen ist?

Einige nehmen dabei das Principium an: daß ein jeder in eben dem Verhältnisse, wie er Vortheil und Nutzen aus den öffentlichen Anstalten hat, auch zu den Kosten derselben concurriren müsse. Daraus würde denn folgen, daß alle Mitglieder, ohne Unterschied, zur Bestreitung der Kosten gleich beitragen müßten. Allein dieser Grundsatz ist theils unbillig, theils zu unbestimmt. Unbillig wäre es unstreitig, wenn vermöge desselben alle Eingepfarrte, ohne Unterschied ihrer Besitzungen, zum Bau und zur Unterhaltung des Pfarrhauses, der Pfarrwittwen und Schulgebäude, weil sie gleichen Nutzen davon haben, beitragen und mithin die Halbhöfner den Vollhöfnern, die Brinksitzer den Köthnern gleich, ja selbst die Häuslinge, welche mit jenen denselben Nutzen und Vortheil vom Prediger und Schullehrer haben, zu den Unterhaltungs- und Baukosten solcher Gebäude auf gleichen Fuß concurriren sollten. Aber der Nutzen ist selbst nicht einmal immer gleich. Wer z. B. keine Kinder hat, hat auch keinen Vortheil vom Schullehrer; wer vier und mehrere Kinder besitzt, hat größern Nutzen von demselben, als der, welcher nur ein Kind zur Schule schickt. Der erstere würde sich also, nach diesem Principio, von allem Beitrage

ge

a) a PUFENDORF Tom. IV. obs. 251.

ge lossagen können und jener weniger beizutragen verpflichtet seyn, als dieser. Der Bemittelte würde mithin oftmals nichts geben und die größte Last auf den Aermern fallen. Der Grundsatz ist also ohne Zweifel zu unbestimmt und schwankend. Es legen daher andere bei der Repartition der Unterhaltungskosten solcher Gebäude, wie bei andern Ausgaben und Lasten, welche zum gemeinen Besten getragen und bestritten werden müssen, z. E. bei der Einquartierung, dem Servis u. s. w. den Fuß der Contribution zum Grunde. b) Dieses Principium ist unstreitig das billigste und sicherste, nach welchem auch in vielen Fällen erkannt worden ist. Wenn aber die Eingepfarrten keine Contribution entrichten, welches zuweilen der Fall bei neuen Anbauern ist; so geschiehet die Vertheilung am billigsten und sichersten nach der Qualität der Stellen und Besitzungen und nach dem Verhältniß, wonach Vollhöfner, Halbhöfner, Kothsassen und Brinksitzer zu andern Lasten der Gemeinde concurriren. Wenn sich daher z. B. die Stellen der Vollhöfner gegen die Besitzungen der Köthner wie 1 zu 4 verhalten; so würden diese den vierten Theil von demjenigen zu entrichten haben, was jene beitragen müssen; oder, wenn der monatliche Beitrag z. B. eines Vollhöfners 16 Ggr. beträgt, so würden der Halbhöfner 8 Ggr., der Köthner 4 Ggr., der Brinksitzer 2 Ggr. und der Häusling 1 Ggr. monatlich beizutragen haben.

Nach einem der beiden letztern Grundsätze würde denn auch der Naturaldienst zu vertheilen; ingleichen die Introduc-

b) A PUFENDORF Tom. I. obs. 165. et Tom. III. obs. 184.

ductionskosten der Geistlichen, die Abholung c) derselben u. s. w. billigerweise zu repartiren seyn.

LXI Erörterung.

Von der Gütergemeinschaft der Eheleute, und der daraus entspringenden Erbfolge des überlebenden Ehegatten, im Amte Ottersberg, Herzogthums Bremen.

Als der Einwohner Johann Lohmann zu Stapel im Bremischen Amte Ottersberg 1793, kinderlos und ohne Testament verstarb, so verlangten die Geschwister des Verstorbenen die Auslieferung der Verlassenschaft ihres Bruders von dessen hinterbliebener Witwe.

Diese verweigerte die Herausgabe aus dem Grunde, weil sie, vermöge der im Amte Ottersberg allgemein eingeführten Gütergemeinschaft der Eheleute, nach dem, ohne Hinterlassung von Kindern, erfolgten Absterben ihres Ehemannes, desselben alleinige Erbin geworden sey.

Um das Gewohnheitsrecht in Betref der vorgeschützten Gütergemeinschaft zu erweisen, brachte die Witwe Lohmann die beglaubte Abschrift eines Amtsprotocolls vom 5ten November 1743 bei, dessen Original sich in der Registratur des Amts Ottersberg befindet, und mit dem es folgende Bewandniß hat.

In

c) Vergl. Overbecks Medidat. über verschiedene Rechtsmaterien B. 7. S. 26 ff.

In der wohlthätigen Absicht, durch eine, nachmals jedoch leider unterbliebene, Landesherrliche Bekanntmachung der verschiedenen Landesgewohnheitsrechte, unnützen Processen vorzubeugen, ertheilte die K. Regierung zu Stade im Jahre 1743 durch ein Ausschreiben den Aemtern im Herzogthum Bremen den Auftrag über die Existenz des Beispruchsrechts, und der Gütergemeinschaft unter den Eheleuten, in ihren Bezirken die ältesten und erfahrensten Männer zu vernehmen, auch aus den Registraturen zu berichten, welche Actus in dieser Rücksicht in contradictorio vorgekommen wären.

In Gemäsheit dieses Auftrages citirte das Amt Ottersberg, aus sämmtlichen Kirchspielen und namentlich auch aus dem Kirchspiele Sottrum, worin das Dorf Stapel belegen ist, dreizehn der ältesten und erfahrensten Männer, die bei ihrer, am 5ten November 1743 vor sich gegangenen eidlichen Abhörung in Betref der dort existirenden Güter-Gemeinschaft unter den Eheleuten, folgendes einstimmig aussagten:

„Gestalten bei denen Meierstellen und Erbexen recipiret, daß desjenigen, welcher zu dem andern auf die Stelle heirathete, sein Eingebrachtes an den die Regierung der Stelle führenden Wirth verfiele, dagegen dann einer in seinem Alter den Altentheil und dessen Kinder ihren Brautsatz zu genießen hätten.“

„Wenn mit beiderseitigen Eheleuten Consens keine Ehestiftung errichtet und auch keine Kinder vorhanden; so behielte der überlebende Ehegatte die Hofstelle, und bliebe in

in des Verstorbenen ganzen Nachlaß, nach der in diesem Amte geltenden Regel: Längst Leib, längst Gut: sitzen, könnte auch darauf von neuen wieder heirathen, und die Kinder aus dieser Ehe erbten alles wieder, doch stünde demselben, von dem die Stelle herrührte, wohl frei, bei seinen Lebzeiten zu disponiren, welchem er solche, wenn der überbliebene Ehegatte aus einer andern Ehe keine Kinder nachlässet, am liebsten gönnete. Uebrigens sey auch unter denen in diesem Amte befindlichen Häuslingen die obangezogene alte Gewohnheit und Regel ihres Wissens im völligen Gebrauch, und der den andern überlebende Ehegatte von des verstorbenen ganzen Nachlasses vollenkommener Erbe gewesen."

Quaes. „Ob sie sich erinnerten, daß einst die angebrachte Regel: Längst Leib, längst Gut bei denen jetzigen Collegiis in Stade, oder bei diesem Amte gesprochen worden?"

Resp. „Ihnen fiele nicht bei, daß darüber Streit entstanden; sollten aber, ihnen unbewußt, dergleichen Vorfälle sich gefunden haben, so glaubten sie doch, daß nach der angezogenen Regel und was sie bereits sonsten deponiret, als ein altes Herkommen würde gesprochen seyn, ein mehreres wüßten sie nicht."

Dieser Inhalt des Amts-Protocolls redete vollkommen für die Behauptung der Witwe Lohmann. Waren gleich von den abgehörten Zeugen keine besondere Fälle der durch die Güter-Gemeinschaft bewürkten Erbfolge der Ehegatten ausdrücklich nahmhaft gemacht; so konnte doch dieses kein wesentliches Bedenken gegen die Beweiskraft der Aussagen abgeben.

Bei

Bei der Beurtheilung der Beweise und besonders der, über ein altes Herkommen, beruhet beinahe alles auf des Richters Ermessen, a) und hier verdiente es gewiß die größte Bemerkung, daß, nicht etwa in einer Parthei-Sache, sondern ausgewählt und aufgefordert von ihrer Obrigkeit, dreizehn betagte, kundige und völlig unpartheiische Männer ohne alle Einschränkung einstimmig bezeugten: daß ihnen kein Fall im Amte bekannt sey, worin nicht nach der Güter-Gemeinschaft verfahren worden sey. Die ermangelnde nahmhafte Angabe einzelner Fälle entscheidet mehr für als wider die Beweiskraft des abgelegten Zeugnisses. Wenn Jemand über eine an seinem Orte allgemein bekannte Verfassung redet; so wird er gewiß nicht, ohne ausdrücklich dazu aufgefordert zu seyn, auf den Gedanken kommen, einzelne Fälle nahmhaft zu machen, in denen der Verfassung gemäß verfahren worden ist, und Niemand wird z. E. einzelne Appellationsfälle benennen, wenn es darauf ankömmt, einen andern davon zu unterrichten, daß das K. O. A. Gericht die höchste Instanz in Justizsachen ausmacht. b)

Der Inhalt des Amtsprotocolls ward noch durch folgende Umstände unterstützt:

1) daß die Witwe Lohmann einen Rechtsstreit vom Jahre 1778 in Sachen der Gebrüder Lemmermann zu Ottersberg wider die Witwe Gesche Thieling zu Otterstädt wegen Erbschaft nahmhaft machte, durch den die strei-

a) Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 1. Tit. 3. §. 36. Mevius P. 4. Dec. 3. Nr. 7.

b) Conf. *Mascard* de Probation. Vol. 1. Concl. 424.

streitige Güter-Gemeinschaft im Amte Ottersberg in contradictorio geltend gemacht seyn soll;

2) daß die Geschwister Lohmann dieses Vorbringen so wenig ableugnen, als einen einzigen Fall anführen konnten, in dem die aus der Güter-Gemeinschaft entspringende Erbfolge der längstlebenden Ehegatten nicht eingetreten wäre; daß ferner

3) die Beamte zu Ottersberg, denen die Observanz ihres Amts am besten bekannt seyn muß, das streitige Gewohnheitsrecht der Erbfolge unter den Eheleuten als völlig zweifelfrei vorausgesetzt und angenommen hatten; und endlich

4) daß die Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten in einem großen Theile des Herzogthums Bremen eingeführt, mithin in dieser Provinz sehr gewöhnlich ist.

Durch diese Gründe bewogen, verwarf das K. O. A. Gericht die an dasselbe gebrachte Appellation der Geschwister Lohmann, durch folgendes Erkenntniß vom 9ten Januar 1795:

„Nachdem, allen vorgetragenen Umständen nach, das Daseyn der von der Implorantin behaupteten Gütergemeinschaft und daraus entspringenden Erbfolge der Eheleute im Amte Ottersberg und namentlich auch in Stapel nicht zu bezweifeln ist; so findet das angebrachte Gesuch nicht Statt.“

Es ward dieses Erkenntniß auch in der Restitutions-Instanz, mittelst Bescheides vom 17ten October 1795, lediglich bestätiget.

LXII Erörterung.

Die Versteigerung, welche vom Güterpfleger im Concurse nachgesucht wird, muß bei dem Richter der belegenen Sache vorgenommen werden.

In der Gütermasse eines Gemeinschuldners, der einen befreiten Gerichtsstand hat, finden sich oft Grundstücke, die unter der Magistrats- oder Amtsjurisdiction belegen sind. Wenn solche auf geschehenen Antrag des Güterpflegers, oder auf ein Erkenntniß des Concursgerichts öffentlich versteigert werden sollen; so entstehet die Frage: ob die Subhastation bei den höhern Gerichten, wo der Concurs anhängig ist, geschehen, oder von dem Gerichte, unter welchem das immobile belegen ist, vorgenommen werden muß?

Da die öffentliche Versteigerung eine Art der Execution ist, indem die Gläubiger aus dem erlangten Kaufschilling zu ihren Forderungen verholfen werden sollen; so ist auch nur der Richter fähig und competent die Subhastation vorzunehmen, unter dessen Gerichtsbarkeit das unbewegliche Grundstück belegen ist, a) und mithin muß dem Richter der belegenen Sache vom Oberrichter Auftrag zur Versteigerung ertheilt werden.

a) Ober Appellat. Gerichtsordn. Th. II. Tit. 15. §. 3. Hofgerichtsordnung P. III. tit. 1. §. 3. Mathaeus de auct. cap. 16. N. 3. Klaproths Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 118. und dess. bürgerl. Proceß. §. 416.

Indeß darf doch in einem solchen Falle der iudex rei sitae nicht so fort das Grundstück dem höchsten Licitanten zuschlagen; vielmehr müssen die Licita registrirt, der plus licitans bemerkt und die Acten an das höhere Concursgericht eingeschickt werden. Dieses hat es alsdann bei dergleichen nothwendigen Versteigerungen zu beurtheilen und zu entscheiden: ob ein anderweiter Licitationstermin angesetzt, oder für das höchste Gebot das Grundstück zugeschlagen werden soll; damit dasselbe nicht für ein ungleiches oder geringes Gebot zugeschlagen werde. b) Genehmigt aber der Oberrichter das geschehene höchste Licitum; alsdann stehet dem Richter der belegenen Sache sowohl die Adjudication als die Erhebung der Kaufgelder zu. c) Uebrigens macht es hierbei keinen Unterschied, ob bei dem Gerichte der belegenen Sache die gerichtliche Einweisung oder Auflassung in das sub hasta erstandene Grundstück herkommlich oder statutmäßig geschehen muß, oder ob solche nicht üblich ist.

Als daher von K. Justizcanzlei in der Debitsache des Amtsactuarii Ochsen einige unter der Gerichtsbarkeit der K. Burgvoigtei belegene Grundstücke öffentlich versteigert werden sollten, zeigte letztere an, daß die Subhastation daselbst geschehen müsse, und es ward darauf am 10ten December 1794 derselben rescribirt, daß dieser Fall den Befugnissen der Burgvoigtei unnachtheilig seyn solle.

LXIII

b) O. A. G. Ordnung a. a. O. §. 21.

c) A PUFENDORF Tom. I. obs. 29. §. 2.

LXIII Erörterung.

Ein terminlicher Abtrag der Schulden kann durch die mehrsten Stimmen der Gläubiger, nach dem Belang der Forderungen gerechnet, bewilligt werden.

Nach bekannten gesetzlichen Vorschriften a) kann durch die Mehrheit der Stimmen der Gläubiger, nicht nach der Zahl derselben, sondern nach der Größe der Forderungen gerechnet, eine Stundung der Zahlung bewilligt und die übrigen Gläubiger können dadurch verbindlich gemacht werden.

Von einem terminlichen Abtrage redet zwar das angeführte Gesetz nicht; allein aus dem Sinne und der Absicht desselben läßt sich der angenommene Satz vertheidigen. Der Zweck desselben bezielt die gelindere Behandlung des Schuldners, und eben daher soll die mildere Stimme, humanior sententia, der Gläubiger, welche auf die Erhaltung desselben Rücksicht nehmen, vor den übrigen den Vorzug haben. Es ist daher der Analogie des Gesetzes völlig gemäß, statt einer Zahlungsstundung auf mehrere Jahre, dem Gemeinschuldner einen terminlichen Abtrag der Forderungen zu bewilligen; weil derselbe sowohl durch jene als durch diesen, der Absicht des Gesetzes zu Folge, erhalten und wieder aufgeholfen werden kann. Ueberhaupt aber liegt in einem terminlichen Schuldenabtrage schon zum Theil eine Zahlungsfrist.

a) L. 8. C. qui bonis cedere possunt. A PUFENDORF T. II obs. 164. Klaproth in dem summar. Processſ. vom Concursproceß S. 18.

Die hier angenommene Behauptung wird übrigens gewissermaßen durch unsere Landesgesetze b) unterstützet, nach welchen, um den gänzlichen Ruin des Schuldners zu vermeiden, billige Zahlungstermine, nach Befinden von richterlichen Amts wegen, bestimmt werden sollen. Es verstehet sich jedoch von selbst, daß wegen richtiger Einhaltung des terminlichen Abtrages den Gläubigern hinlängliche Sicherheit verschaft wird.

LXIV Erörterung.

Nach entstandenem Concurse kann ein Gläubiger die aufgewandten Unkosten nicht erstattet verlangen.

Wenn ein Gläubiger vor ausgebrochnem Concurse gegen den Schuldner klagt und es werden ihm die Proceßkosten zuerkannt; alsdann kann er sie im Profeßions- und Liquidationstermine mit angeben und die Erstattung derselben aus der Masse fordern. Inzwischen genießt der Gläubiger wegen derselben an sich weder eines Unterpfandes, noch eines andern Vorzugsrechtes, a) wenn gleich die Erstattung derselben versprochen worden; es sey denn, daß die in der Verschreibung bestellte Hypothek ausdrücklich mit auf die Unkosten wäre erstreckt worden. b) Diejenigen Unkosten hin-

b) O. A. G. Ordnung Th. 11. tit. 15. §. 8. M. s. auch Quistorps rechtl. Bemerk. 33. B.

a) Harprecht in Trut. xx. pignor. spurior. §. 16.

b) Hofmanns deutsche Reichspraxis §. 1298.

hingegen, welche ein Gläubiger, nach ausgebrochenem Concursprocesse, *) z. B. für Citationen, Decretgebühren, Belohnung der Advocaten und Procuratoren u. s. w. hat aufwenden müssen, muß er selbst tragen und sie werden nicht zuerkannt; wenn gleich die Unkosten überhaupt ausdrücklich mittelst der Hypothek in der Schuld- und Pfandverschreibung versichert sind. c) Dergleichen Kosten verwendet ein jeder Gläubiger seines eignen Vortheils wegen auf den Proceß; und er kann sie mithin zum Nachtheil anderer Gläubiger nicht aus der Masse erstattet verlangen. **) Es behaupten zwar einige, dergleichen Unkosten müßten dem Gläubiger alsdann zugesprochen werden, wenn das in der Schuldverschreibung constituirte Unterpfand ausdrücklich auf die Unkosten wäre ausgedehnt worden. d) Allein nach dem Gerichtsgebrauche werden keine Kosten dieser Art zuerkannt. Das Collegium hat diesem gemäß am 5ten Sept. 1794 decretirt in S. der Zöllnerin Diehlen, modo deren Erben wider den Schulenburg. curator. Bürgerm. Seelhorst p. debiti.

LXV

*) Dahin werden, dem Gerichtsgebrauche gemäß, alle Kosten gerechnet, welche nach der ausgelassenen Edictalladung veranlaßt sind.

c) Klaproths Einleit. in die summar. Processe, S. 137.

**) Dabelow vom Concurse der Gläubiger Th. 3. §. 404.

d) Gmelin Ordnung der Gläubiger, S. 77.

LXV Erörterung.

Die von zwei Notarien ausgefertigten Unterpfands-Bestätigungen verwandeln eine Privathypothek in keine hypothecam quasi publicam.

Zu den besondern Erfordernissen und Förmlichkeiten der Notariatsinstrumente gehört bekanntlich die Ersuchung der Instrumentszeugen. In der Regel müssen dazu wenigstens zwei adhibiret werden, denn die Notariatsordnung a) redet nicht nur an den Stellen, wo von Errichtung eines Testaments die Rede ist, sondern überhaupt von Zeugen in der mehrern Zahl. Zuweilen bedient man sich statt eines Notars deren zwei, oder ein Notarius unterschreibt und beglaubigt loco duorum testium die Urkunde. Das erstere ist in gewissen Fällen bei dem Reichshofrathe erlaubt, wo die Zuziehung eines zweiten Notars den Gebrauch der Zeugen unnöthig macht; b) das letztere aber findet nach dem hiesigen Gerichtsgebrauche insonderheit nur bei Vidimirungen statt, wenn beglaubte Abschriften der Proceß-acten oder andere Schriften beigelegt werden sollen. c)

Wenn

a) §. 6. v. Trütschzler Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, Th. 1. §. 76 u. §. 101. Meier Unterricht von allen bürgerl. Handlungen, S. 385. In den römischen Gesetzen ist ein gleiches verordnet: Si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturae, sed advocet etiam *testes* idoneos et fide dignos *non pauciores tribus*, Nov. 73. c. 1. u. 2.

b) Homzely Fortsetz. der Grundlinien der Reichshofr. Praxis, S. 15.

c) Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. B. 102. A PUFENDORF T. III. obs. 110.

Wenn nun überhaupt ein von einem Notar verfertigtes Original-instrument nur dann Glauben verdient, wenn wenigstens zwei Zeugen, in sofern keine gewisse Anzahl sonst verordnet ist, dasselbe mit unterschrieben und besiegelt haben; d) so ist solches bei Unterpfandsbestätigungen, welche von Notarien verrichtet werden, noch weit mehr erforderlich.

Bekanntlich genießen die hypothecae quasi publicae, welches diejenigen sind, die entweder vor drei Zeugen, oder einem Notar und zwei Zeugen errichtet werden, des großen Vorrechts, daß sie den Privathypotheken, wenn solche auch der Zeit nach älter sind, vorgezogen werden. e) Nach Vorschrift der Gesetze f) ist alsdenn ein pignus quasi publicum vorhanden, wenn die Verschreibung mit der Unterschrift von drei oder mehrern *beglaubten in gutem Rufe stehenden Männern* beglaubigt und bekräftigt ist. Weil man aber hierbei allemal voraussetzt, daß die Zeugen noch am Leben sind und ihre Unterschrift recognosciren können, g) so pflegt man die vor Notar und wenigstens zwei Zeugen er-

d) Nov. 73. c. 5. Gem. Bescheid des Königl. Ober-Appellat. Gerichts v. 31. Sept. 1726.

e) Erxleben in princ. de iure pignor. §. 58. behauptet, daß die vor Notar und Zeugen bestellten Hypotheken in den hiesigen Landen nur alsdann gültig wären, wenn der Schuldner vom Adel sey. Allein diese Einschränkung bestätigt der Gerichtsgebrauch nicht.

f) L. II. C. qui potiores in pignore: nisi forte probatae et integrae opinionis *trium vel amplius* virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur. *Tunc* enim *quasi publice* confecta accipiantur. Westphal vom Pfandrechte, S. 245.

g) Hellfeld in iurispr. forensi, §. 1158.

errichteten Hypothekverschreibungen den erstern vorzuziehen; weil bei Notariats-instrumenten der allgemeine Rechtssatz eintritt: daß sie in zweifelhaften Fällen die Vermuthung der Wahrheit und Feierlichkeit für sich haben.

Ob nun eine von zwei Notarien, ohne Zeugen, vollzogene Pfandverschreibung die Würkung einer hypothecae quasi publicae habe? ist eine Frage, die vielleicht nur selten vorkommt. Ich glaube sie verneinen zu müssen. Wäre hier bloß die Rede vom Beweise, so würde die Frage leicht entschieden seyn, weil man sich öfters statt eines Notars deren zwei zu desto mehrerer Beglaubigung bedient. Allein es kommt hierbei auf die Form und Feierlichkeit der Hypothekbestellung selbst an. h) Die lex II. C. qui potior. in pign. bestimmt als Form, daß die Hypothek vor drei oder mehrern glaubhaften in gutem Rufe stehenden Männern bestellt und die Verschreibung mit der Unterschrift derselben beglaubigt werden soll. Ist also eine Hypothek vor weniger als drei glaubhaften Männern bestellt; so ist die in den Gesetzen vorgeschriebene Form nicht beobachtet und mithin die constitutio hypothecae, in Hinsicht auf die Würkung einer öffentlichen Hypothek, ungültig. i) Wenn zwei Notarien zur Hypothekbestellung zugezogen werden, so führt entweder jeder ein besonderes Protocoll, oder der eine unterschreibt und beglaubigt bloß durch seine Mitunterschrift und Untersiegelung das Instrument des andern. In beiden Fällen

h) Erxleben a. a. O. §. 57.

i) Neglecta forma in legibus praescripta negotium est nullum, L. 5. C. de legibus.

len sind immer nur zwei Personen und es ist nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, daß ein Notar oder zwei so viel gelten sollen, als drei oder mehrere glaubhafte und unbescholtene Männer.*) So wenig daher eine vor drei Zeugen ohne Instrument vollzogene Hypothekbestellung, k) wegen Mangel der gesetzlichen Form, für eine mit einer öffentlichen gleiche Würkung habende Hypothek anzusehen ist, eben so wenig kann die nur vor zwei Notarien bestellte Hypothek als eine hypotheca quasi publica betrachtet werden;**) vielmehr ist hier nur eine bloße Privathypothek vorhanden. Solche Documente sind zwar in Rücksicht des Beweises immer öffentliche Instrumente; allein in Absicht auf die Hypotheken, wegen welcher der Kaiser Leo in dem angeführten Gesetze eine bestimmte Form vorschreiben und festsetzen wollte, haben sie vor andern Privathypotheken keinen Vorzug.

Die Absicht des Gesetzes bestehet auch unstreitig darin, daß aller Unterschleif, den etwa der Schuldner bei Bestel-

*) Das Gegentheil erhellet vielmehr ganz deutlich aus der Notariatordnung Tit. von Testamenten §. 2. „Daß zu Aufrichtung aller und jeder jetzt erzählten Testamenten aufs mindst sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gerechnet wird." Wenn also ein Notarius so viel als zwei andere glaubhafte Männer Amtswegen hätte gelten sollen, so würden nicht sieben, sondern nur fünf Zeugen nöthig geachtet seyn. Auf gleiche Weise würde alsdenn ein vor drei Notarien und einem Zeugen errichtetes Testament gültig seyn, welches jedoch Niemand behaupten wird.

k) Walch in controv. iur. p. 269. **Dabelows** Lehre vom Concurse der Gläubiger, Th. 2. S. 294.

**) Es müßte denn, wie sich ohnehin verstehet, in Provincial- oder Stadtgesetzen ein anderes vorgeschrieben seyn, wie z. B. in den *Statutis* der Städte Uelzen und Lüneburg § 7.

stellung des Pfandrechts begehen könnte, verhütet werden sollte. Man muß sich also an die in dem Gesetze vorgeschriebene Form halten; denn sonst, wenn es bloß auf den Beweis ankäme, würde man eine jede Privathypothek sehr leicht in eine öffentliche verwandeln können. l) Ueberdem liegt es schon in der Natur der Sache, daß diese sogenannten hypothecae quasi publicae viel ungewisser und unsicherer sind, als die öffentlichen von der ordentlichen Obrigkeit bestätigten Hypotheken; daher denn auch diese pignora quasi publica, weil sie den Credit schwächen und heimlich *) ertheilt werden können, in verschiedenen Ländern für ungültig erklärt sind. m) Das Collegium hat auch in der Concurssache weil. Bürgermeister Röhrs zu Harburg die vor zwei Notarien bestellte Hypothek bloß für ein pignus privatum erklärt und die Forderung inter hypothecarios privatos classificirt. n)

l) Erxleben a. a. O. §. 60.

*) Haud raro *secrete* fiunt sagt lex. 11. cit.

m) von Trütschler a. a. O. Th. 1. S. 599. Gmelin Ordnung der Gläubiger, S. 264. f.

n) Da dergleichen Verschreibungen als bloße Privathypotheken gelten, so müssen selbige zuvor anerkannt, oder eidlich abgeleugnet werden.

LXVI

LXVI Erörterung.

Das Salarium eines Curatoris bonorum kann herabgesetzt werden, wenn sich seine Bemühungen vermindern.

Bei Concursen erhält der Güterpfleger meistens einen jährlichen Gehalt, weil er sonst alle seine Arbeiten und Bemühungen würde in Rechnung bringen können. Selten pflegen aber die Gläubiger ein bestimmtes Salarium dem Curatori auf die Zukunft, und so lange sein Amt dauern wird, zu verwilligen; vielmehr setzt der Curator bonorum, wenn er die ersten Administrationsrechnungen dem Gerichte einliefert, sich eine bestimmte Summe an, welche er für seine Beschäftigungen verlangen zu können glaubt. Diese wird ihm alsdann von dem obervormundschaftlichen Gerichte entweder zugebilligt, oder nach Befinden zuweilen herabgesetzt.

In dem ersten Jahre, da der Concurs ausgebrochen ist, hat der Güterpfleger die meiste Arbeit. Er muß dafür sorgen, daß alles, was zum Vermögen des gemeinschaftlichen Schuldners gehört, genau zusammengebracht wird und in gehöriger Aufsicht und Verwahrung bleibt; er muß für den Verkauf der Effecten und Meublen sorgen; er muß dahin sehen, daß die beim Ausbruche des Concurses etwa noch im Felde, Wiesen und Gärten stehenden Früchte der Concursmasse aufs Beste zu Gute kommen; die öconomischen Angelegenheiten besorgen und was dergleichen mehr ist. Natürlich muß sich also auch hiernach die Bestimmung des jährlichen Gehaltes richten.

 Wenn

Wenn indessen die Bemühungen des Güterpflegers sich in der Folge vermindern, oder wenn in den abgelaufenen Jahren wenige und vielleicht gar keine außergerichtliche Arbeiten vorgefallen sind, oder wenn nur ein sehr geringes corpus bonorum zu verwalten übrig geblieben ist; alsdenn kann und muß das bisherige Salarium entweder vom Gerichte, oder auf Ansuchen und Erinnerung der Creditoren herabgesetzt werden.

Ein Güterpfleger kann sich hierüber mit Grunde nicht beschweren. Sein Gehalt muß mit den Bemühungen, wofür er selbigen erhält, in Verhältniß stehen. Wenn er seine Arbeiten jedesmal in Rechnung gebracht hätte, so würde das Gericht den Ansatz allezeit ermäßigen und nach Befinden herabsetzen können, und aus völlig gleichem Grunde findet dasselbe statt, wenn der Curator einen jährlichen Gehalt empfängt. Auf diejenigen Bemühungen, welche der Curator, wenn ihm zugleich die cura ad lites mit anvertrauet ist, gehabt hat, kann hierbei gar keine Rücksicht genommen werden, weil er dafür besonders sein Deservitum erhält und diese Arbeiten von denen, welche die Verwaltung des corporis bonorum betreffen, ganz verschieden sind. Ueberhaupt ist es für die Concursmasse immer vortheilhaft, wenn bei der Rechnungsablage allezeit auf die Bestimmung des Salarii für das verlaufene Jahr Rücksicht genommen wird; a) denn der Güterpfleger hat kein ius quaesitum bei wirklich verminderter Arbeit, eben den Gehalt auch für das Künftige zu fordern, welchen er in den vorherigen Jahren genossen hat.

XLVII

a) Klaproth Einleit. in die summar. Processe, zweiter Grundr. N. 5. S. 40.

LXVII Erörterung.

Ein Curator bonorum muß von den Concursgeldern Zinsen bezahlen, wenn er für deren sichere zinsbare Belegung nicht gesorgt hat.

Es ist oft der Fall, daß die eingehobenen und vorräthigen Gelder nicht sogleich an die Gläubiger ausgezahlt werden können und es gehen zuweilen Jahre hin, ehe die deshalb im Wege stehenden Hindernisse zu heben sind. Die Pflicht des curatoris bonorum erfordert es, nur soviel davon in Verwahrung zu behalten, als was zur ungefähren Bestreitung der vorfallenden Kosten erforderlich ist. So bald der Vorrath aber größer ist, thut ein Curator wohl, solches dem Gerichte anzuzeigen und sich Verhaltungsbefehle zu erbitten, ob solcher deponirt, oder, falls solches schon angehet, an die Gläubiger, allenfalls gegen Caution de eventualiter restituendo, ausgezahlt werden soll. Unterläßt er indeß diese Anzeige, so muß er für die zinsbare sichere Belegung des Vorrathes sorgen, oder, wenn er denselben in Händen behält, selbst dafür Zinsen erlegen.

Das Beste der Gläubiger erfordert es, daß ein solcher Vorrath, wenn er nur einigermaßen beträchtlich ist, nicht ungenützt liegen bleibt. a) Der Curator kann sich auch nicht immer damit entschuldigen, daß er keine Gelegenheit gehabt habe, die vorräthigen Gelder sicher zinsbar zu belegen; am wenigsten aber kann der Umstand den Curator allezeit von Be-

a) Kindii Quaestiones forenses, Tom. II. cap. 56.

Bezahlung der Zinsen freisprechen, daß er den Cassenvorrath zur Bestreitung der vorfallenden Kosten habe in Händen behalten müssen.

Die zinsbare Belegung eines solchen Cassenvorraths gegen hinlängliche Sicherheit hat zwar oft Schwierigkeiten und ist zuweilen, besonders bei kleinen Summen, nach Lage der Umstände ganz unthunlich. Allein an solchen Orten, wo Leihhäuser oder andere öffentliche Cassen sind, welche auch kleine Summen auf monatliche Kündigung in Verzinsung nehmen; da darf sich ein Curator niemals damit entschuldigen, daß er keine sichere Gelegenheit gehabt habe, die Gelder unterzubringen. Der letztere Umstand verdient aber gar keine Aufmerksamkeit; denn der Curator kann und muß einen ungefähren Ueberschlag machen können, wie viel er zur Bestreitung der vorfallenden Kosten von dem Vorrathe etwa in Händen behalten muß.

Ob übrigens ein Curator, da er verpflichtet ist, die Concursmasse auf jede erlaubte Art zu vergrößern, von dem in Händen behaltenen Vorrath 2, 3, 4 oder 5 Procent Zinsen zu entrichten hat, hängt von den jedesmaligen Umständen und dem Ermessen des Gerichts ab. Wenn ein Curator keine andere sichere Gelegenheit finden konnte, die vorräthigen Concursgelder anders als bei einer öffentlichen Casse gegen monatliche Belosung zu belegen; die Casse aber dergleichen Capitalien nur zu drei, oder gar zwei Procent verzinset; alsdann kann derselbe mit Billigkeit zu höhern Zinsen nicht verurtheilet werden, als welche er empfangen haben würde, wenn er das Geld bei einer dergleichen Cassen be-

belegt hätte. Das Collegium erkannte daher in der Bergschen Curatel am 6ten Septemb. 1793, daß der Curator nur zwei Procent von dem in Händen behaltenen Vorrath an Zinsen zu erlegen und in Einnahme zu berechnen habe.

Wenn aber der Curator einen beträchtlichen Cassenvorrath unter sich behalten und erweislich in seinen eignen Nutzen und Privatvortheil verwendet hat; so muß er auch die höchsten erlaubten und gewöhnlichen Verzugszinsen, nemlich fünf Procent davon, der Curatelcasse erstatten. b) Der terminus a quo der Zinszahlung hebt von der Zeit an, da der Curator den Vorrath erhoben hat und ist insonderheit aus den Administrationsrechnungen sicher zu stellen.

LXVIII Erörterung.

In wie fern sind die Copialien dem Liedlohne beizuzählen?

Das eigentliche Kennzeichen eines Liedlöhners bestehet darin, daß derselbe für eine angemessene Belohnung sich gegen den Dienstherrn verbindlich gemacht hat, alle dessen Geschäfte und Arbeiten zu verrichten, in so fern sie zu seinem Dienste gehören und seine Kräfte es erlauben. a) Das Privilegium des

b) v. Quistorp rechtl. Bemerkungen N. 106. Lange vom Rechnungswesen und den dahin einschlagenden Rechten, Cap. 8. §. 10. Rebmann vom gerichtl. und außergerichtl. Verfahren in Rechnungsangelegenheiten, §. 66. N. 3.

a) Struben rechtl. Bedenken, Th. 3. B. 107. Dorn Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts, §. 200. ff.

des Liedlohns in Concursen erstreckt sich aber nicht blos auf den Lohn in baarem Gelde, sondern auch auf alle, dem Dienstboten angewiesenen, Nutzungen. b) Wenn daher der Dienstbote auch mit zu dem Zwecke angenommen wird, um das Abschreiben zu verrichten und der Dienstherr verspricht dafür ein gewisses für Copialien zu bezahlen; so vertritt solches die Stelle des Lohnes, oder nimmt dessen Natur und Eigenschaft an und sind sodann die Copialien billig dem Liedlohne beizuzählen. Dieses Principium ist auch vom höchsten Tribunale in der am 28sten März 1795 eröfneten Prioritäts-Sentenz in Schuldsachen des Ober-Appellations-Gerichtsprocuratoris D. Didel und von K. Justizcanzlei in Debitsachen des Amtschreibers Strube angenommen worden. Auf andere Copiisten, die keine Dienstboten des Schuldners sind, läßt sich dieses freilich nicht anwenden und selbige müssen mit ihren Forderungen an Copialien unter die chirographarischen Gläubiger gesetzt werden.

LXIX Erörterung.

Ueber die Ausführung des Vorzugsrechtes nach eröfneter Prioritäts-Sentenz.

Am Schlusse des Ordnungsurtheils wird sowohl bei dem höchsten Tribunale, als den höhern Landesgerichten folgender Anhang gemacht:

„Uebrigens wird einem jeden der vorbenannten Gläubiger, welche einen vorzüglichern Platz behaupten zu können

b) WINCKLER pr. de famulorum mercenariorum locatione. Vergl. Klübers jurist. Bibl. B. V. St. 20.

nen vermeinen, eine sechs-wöchentliche Präjudicialfrist gesetzt, um ihre Rechte respectu prioritatis allhier gehörig an und auszuführen, worauf alsdann dem Befinden nach ferner ergehet w. R."

Dieser Vorbehalt verdienet aller Orten angenommen zu werden. Vor der Eröfnung des Priorität-Urtheils werden die Gläubiger gar nicht über den Punct der Festigkeit unter einander, sondern nur über die Liquidation gegen den gemeinen Schuldner oder den Curator gehöret. Der Vorbehalt ist also sehr billig und den allgemeinen Proceßregeln gemäß; denn sonst müssen die Gläubiger, welche sich beschweret glauben, die Gründe, aus welchen sie einen bessern Platz behaupten zu können vermeinen, gleich per modum remediorum vortragen; wodurch sie denn die Ausführung ihres Rechtes in erster Instanz gänzlich und durch die Supplication oder Leuterung das beneficium appellationis verlieren.

LXX Erörterung.

Das Recht die Manualacten zurück zu behalten hört auf, wenn der Concurs über des Clienten Vermögen erkannt ist.

Der Advocat hat das Recht, die Acten zurückzubehalten, wenn ihm sein Client die Belohnung für seine Bemühungen versagt. a) Entstehet aber hernachmals über seines Clienten

a) L. 25. in F. D. de procurator.

Vermögen Concurs, so muß er dem bestellten Curatori die Manualacten herausgeben und das ihm sonst zustehende Zurückbehaltungsrecht derselben gehet verlohren; b) weil alles, was zum Concursvermögen gehört, abgeliefert werden muß und nach eröfnetem Concurse alle und jede Gläubiger ihre Befriedigung, nach dem Prioritätsurtheil, aus den Händen des Richters empfangen. Daher müssen auch die zum Unterpfande übergebenen Sachen herausgegeben werden c) und mithin kann der Advocat die Manualacten, nach eröfnetem Concurse, nicht zurückbehalten. Selbst alsdann, wenn derselbe durch seine Bemühung eine Sache zum offenbaren Nuzzen der Masse erhalten und erstritten hat, darf er dennoch die Acten, bei ausgebliebener Belohnung, nicht zurückbehalten; ob ihm gleich in diesem Falle ein Vorzug vor den gemeinen Gläubigern des Schuldners nicht versagt werden kann. d) K. Justiz-Canzlei hat diesem gemäß erkannt in S. des zum Emmermannschen Concurse bestellten Curatoris D. Beste gegen den Canzlei Procurat. adj. D. **Münter** in puncto Herausgabe der Acten.

LXXI

b) Troppanegger de iure retentionis actorum advocato ob non solutum salarium competente, §. 24. **Gmelins** Ordnung der Gläubiger bei entstandenem Gantprocesse, S. 79.

c) **Klaproth** Einleit. in sämmtl. summarische Processe, S. 79. Das Gegentheil behaupten (**von Trützschler**) Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger, 30. Walch in controversiis iur. civ. pag. 486. **Webers** Beitr. zur Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht, S. 141.

d) a Pufendorf in observat. Tom. III. obs. 71. Jenichen in diss. de spur. advocator. privileg. §. 10.

LXXI Erörterung.

Was ein Concursgläubiger, während des Concurses, aus der Masse genossen oder erhoben hat, ist zuvörderst auf das Capital abzurechnen.

Wenn ein Concursgläubiger aus der Concursmasse auf seine Forderungen abschlägliche Zahlungen empfangen, oder sonst gewisse dazu gehörige Revenüen zur allmähligen Tilgung derselben genossen hat; so pflegt am Ende, wenn es zur Berechnung kommt, zwischen dem Gläubiger und dem Güterpfleger oder den übrigen Mitgläubigern, darüber Streit zu entstehen: ob die abschläglichen Zahlungen, oder erfolgten Hebungen aus der Gütermasse, zuerst auf das Capital, oder nicht vielmehr auf die Zinsen gerechnet werden müssen?

Daß eine jede abschlägliche Zahlung, der Regel nach und bei fehlender Verabredung zwischen den Partheien, zuerst auf die Zinsen, und, wenn diese abgetragen sind, alsdenn erst auf das Capital berechnet werden muß, ist in den Gesetzen positiv verordnet. a) Aber es ist dieser Grundsatz bloß in dem Falle angenommen, wenn die Rede vom Schuldner und Gläubiger ist. Der vorhin angeführte Fall hingegen hat keine solche Entscheidung in den Civilgesetzen gefunden. Es ist auch in der That ein erheblicher Unterschied zwischen einer abschläglichen Zahlung, die der Schuldner an seinen einzelnen Gläubiger leistet, und derjenigen, welche ein

a) L. 5. §. 2. u. 3. L. 48. D. de Solut. L. 1. C. eod. L. 21. C. de usuris.

ein classificirter Concursgläubiger aus der Concursmasse empfängt. Bei der letztern sind die Mitgläubiger sehr interessirt, nicht so bei der erstern.

Wenn z. B. eine abschlägliche Zahlung von 150 Rthlr. auf ein Capital von 3000 Rthlr. zu 4 p. C. Zinsen zuerst auf das Capital und denn auf die aufgelaufenen Zinsen geschiehet; so ist die Schuld in 29 Jahren getilgt; geschiehet aber die Zahlung zuerst auf die Zinsen und dann auf das Capital, so ist dasselbe erst in 41 Jahren bezahlt. Es kommen also durch jene Zahlung die nachstehenden Gläubiger früher zur Hebung und der Concurs wird früher beendigt; insonderheit, wenn schon viele Zinsen, wie es gewöhnlich der Fall ist, zur Zeit der Zahlungsreihe aufgeschwollen sind. b) Ein classificirter Concurs-Gläubiger kann sich auch bei der erstern Berechnungsart mit Grunde nicht beschweren; weil er an Zinsenzins unstreitig einen Gewinn macht, indem er dadurch früher in den Genuß der Zinsen kommt. Nach dem Gerichtsgebrauche der Canzlei ist daher längst c) die erste Be-

b) Im Fürstenthum **Lüneburg** werden in Concursen Capital und Zinsen **zugleich** bezahlt; im Fürstenthum **Calenberg** aber werden erst **alle** Capitalia und dann die Zinsen nachbezahlt. In den Herzogthümern Bremen und Verden findet nur die Classificirung derjenigen Zinsen neben dem Capitale statt, die in den drei letzten Jahren vor Entstehung des Concurses aufgelaufen sind. Das **Zellesche Stadtrecht** hingegen hat alle Zinsen während des Concurses **gänzlich** gestrichen. Eine solche Verordnung ist sehr zu billigen. Die ersten und ältesten Gläubiger müssen alsdenn wachsam seyn, sie dürfen nicht stille sitzen und sich auf Kosten der jüngern Gläubiger, durch **neue Anleihen**, Zinsen vom Schuldner zahlen lassen; wodurch denn am Ende gewöhnlich der Concurs veranlaßt, oder befördert wird.

c) A PUFENDORF in animadv. iur. Nro. 128.

Berechnungsart angenommen und noch neuerlich in S. der Obristl. von Toden g. den von Oeffnerschen Curator Bürgermeist. Seelhorst am 2ten Octob. 1795 hiernach erkannt worden.

LXXII Erörterung.

Ueber die Provocation der Verbrecher auf die Gnade des Königs.

Eines der schönsten Vorrechte der höchsten gesetzgebenden Gewalt im Staate bestehet in dem Begnadigungsrechte der Verbrecher; wenn es nur so ausgeübt wird, daß dadurch die natürlichen Rechte der Unterthanen weder in Gefahr gesetzt, noch gekränkt werden. a) Treten in speciellen Fällen besondere Ursachen und Umstände ein, die eine Begnadigung begründen können; so werden die Verbrecher, unter deren Anführung, von den höhern peinlichen Landesgerichten auch unerwartet der Provocation auf Begnadigung dem Landesherrn zur Gnade und Milderung ihrer, nach der Strenge der Gesetze sonst verdienten, Strafe empfohlen. b) Und man wird wohl kein Beispiel finden, daß, wenn jene Gründe besonders dringend seyn sollten, der Landesherr nicht dadurch zur Gnade und Milderung der gesetzlichen Strafe bewogen worden wäre.

Wenn

a) Gallus Aloys Kleinschrods system. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts, 2. Th. §. 108. ff.

b) Westphals Criminalrecht, S. 166. ff.

Wenn aber gar keine Beweggründe vorhanden sind, einen Verurtheilten zu begnadigen und mithin die Begnadigung selbst weder gerecht noch zulässig seyn würde; so darf eine bloße Provocation auf selbige nicht an Sr. Königl. Majestät gebracht werden; weil solches nur Mißbräuche und Behelligungen nach sich ziehen würde. Wenn daher die Ehegatten oder Verwandten, ingleichen die Vertheidiger der Inquisiten aus eignem Antriebe, ohne daß solche Umstände vorhanden sind, welche des Königs Majestät zur Begnadigung oder Strafmilderung veranlassen könnten, auf die Gnade des Königs antragen; so soll, ausdrücklichen Königl. Rescripten zu Folge, darauf keine Rücksicht genommen werden.

Den Verurtheilten stehet es indeß allezeit frei, entweder selbst bei den Canzleien, oder durch ihre defensores auf die Gnade zu provociren. Dem Vertheidiger eines Inquisiten ist es auch gar wohl erlaubt, zwar keine neue anderweite Schutzschrift, aber doch ein Begnadigungsgesuch für denselben unmittelbar bei Königl. Landesregierung einzureichen. Da indeß dergleichen Gesuche jedesmal zuvörderst an die Canzleien, um deren gutachtliche Meinung zu vernehmen, ob der Inquisit in Betracht der vom Defensor angeführten Gründe, eine Begnadigung verdiene? geschickt zu werden pflegen; so ist es der kürzeste Weg, solche Gesuche sofort bei den Canzleien selbst zu übergeben.

Die Vorschriften und Königl. Rescripte, wie es mit den Berufungen ad gratiam Regis gehalten werden soll, findet

det man zum Theil bei Struben c) und Wagner. d) In Inquisitionssachen wider die Inquisitin Catharine Margarethe Warneken in pto Kindermordes, hat Königl. Landesregierung unter dem 5ten Dec. 1796 folgendes Schreiben an die hiesige Justizcanzlei erlassen:

„Gleichwie wir mit den Herren darin einverstanden sind, daß in der von dem Defensor der Inquisitin anderweit eingereichten Vertheidigungsschrift überall keine Thatumstände und Gründe enthalten sind, die eine Milderung des gegen dieselbe wegen des von ihr verübten Kindermordes im Wege Rechtens gefällten Straferkenntnisses erwürken könnte, so finden wir auch eben so wenig Milderungsgründe vorhanden, in deren Rücksicht Inquisitin verdiente, der Gnade Sr. Königl. Majestät unseres allergnädigsten Herrn empfohlen zu werden.

Wir tragen daher um so mehr Bedenken, das Gesuch um Begnadigung der Inquisitin an Sr. Königl. Majestät gelangen zu lassen, als der Defensor nur aus eigenem Antrieb sich auf die höchste Königl. Gnade berufen hat, auf dergleichen Provocationen aber, laut des in beglaubter Abschrift hierneben gehenden Königl. Rescripts vom 8ten Nov. 1782 keine Rücksicht genommen werden soll. Die Herren werden demnach wegen Vollstrekkung

c) In den rechtl. Bedenken Th. 2. B. 118. Das von demselben angezogene Regierungsreglement v. J. 1714. findet man in Spittlers Geschichte des Fürstenth. Hannover, Th. 2. Beil. No. XIII. S. 112. ff. in extenso abgedruckt.

d) Sammlung der Verordnungen und Ausschreiben, Th. 2. S. 92. ff.

kung der, benannter Inquisitin zuerkannten, Todesstrafe nunmehro das Nöthige verfügen; Und sind wir ꝛc. Hannover den 6ten Dec. 1796.

Das Königl. Rescripts P.stum lautet dahin:

Auch Räthe und liebe Getreue! finden wir in eurem, die drei Inquisiten, Winkelmann, Rosenhagen und Blark betreffenden Berichts P.sto vom 18. praet. keine Gründe, die Uns hätten bewegen können, in Ansehung ihrer, Gnade vor Recht ergehen zu lassen und die von den defensoribus der beiden letztgenannten geschehene Berufung auf Unsere Gnade zu attendiren. Daß sothane Provocirung aus eigenem Antrieb der defensorum geschehen ist, ist ein Mißbrauch, dem, da dadurch die Inquisitionsprocesse nur aufgehalten werden, nicht nachgesehen werden kann. Ihr habt also die Defensores in der von euch anheim gegebenen Maaße anzuweisen und in künftigen Fällen auf die Provocation der Delinquentin auf Unsere Gnade nur alsdann Rücksicht zu nehmen, wenn sie bei den Canzleien, oder durch ihre defensores auf Gnade provociren. Ut in Rescripto. St. James den 8. Nov. 1782.

LXXIII Erörterung.

Der von mehrern Streitgenossen angenommene und gehörig mit Vollmacht versehene Procurator kann jeden einzelnen derselben, welchen er will, auf das Ganze seiner Procuratur-Forderung belangen.

In den Vollmachten, welche die Partheien ihren Anwälden vorschriftsmäßig ertheilen müssen, machen sie sich unter wirklicher Verpfändung ihrer Haab und Güter, so viel jederzeit dazu von Nöthen seyn wird, verbindlich, ihn vollkommen schadlos zu halten. Jeder Anwald hat also an dem Vermögen seines oder seiner Principalen, wegen der Procuratur-Forderung eine Hypothek *) und er klagt, wenn die Parthei ihm schuldig geblieben ist, actione hypothecaria. Haben mehrere gemeinschaftlich einen Proceß geführt a) und das mandatum procuratorium vollzogen, so hat der Procurator nicht nöthig, jeden einzelnen auf seinen Antheil zu belangen, sondern er kann einen der Streitgenossen, welchen er will, in Anspruch nehmen; weil das Pfandrecht untheilbar b) ist und jeder einzelne Streitgenosse, in Rücksicht auf den Anwald, nur das leistet, wozu er sich durch die vollzogene Vollmacht und die darin constituirte Hypothek verpflichtet hat.

*) A Pufendorf Tom. I. obs. 19.

a) Daß bei Dorfs- und Gemeindeprocessen der Anwald sich nicht an die einzelnen Glieder, sondern an die ganze Gemeinde, oder den von ihr bestellten Syndicus hält, verstehet sich von selbst.

b) L. 2. C. si unus ex plur. hered. L. 65. D. de evictionibus. **Westphal** vom Pfandrechte, §. 33. **Schmidt** von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 491.

LXXIV Erörterung.

Die Ausflucht der Verjährung kann bei Procuraturklagen von dem Richter ex officio suppliret werden.

Die Verjährung einer Klage geschiehet nicht ipso iure, sondern sie gehet nur sodann verlohren, wenn der Beklagte derselben exceptionem praescriptionis extinctivae entgegen setzt. a) Die Ausflucht der Verjährung der Klagen beruhet auch auf factischen Umständen und gründet sich auf eine gesetzmäßige Zeit, und bonam fidem. b) Alles das muß vom Richter untersucht und von dem, der sich darauf beziehet, erwiesen werden. Nach der richtigern Meinung c) kann daher der Richter die Einrede der Verjährung, wenn sie von keinem Theile entgegen gesetzt ist, ex officio nicht储suppliren. Aber alsdenn ist hiervon eine Ausnahme zu machen, wenn die Verjährung aus den Acten genugsam erhellet und ganz klar ist. d) Dieser Fall tritt bei Procuraturklagen in Gemäsheit unserer Landesgesetze besonders ein. Nach der Verordnung vom 20sten Jul. 1773 wegen Verjährungszeit der Procuratorenforderungen, ist die im gemeinen Rechte vorge-

a) Höpfner Commentar über die Institutionen, §. 393.

b) A Pufendorf Tom. I. obs. 115. Rave principia de praescript. ed. Eichmann §. 19. u. 131. seqq. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, S. 614. ff.

c) Donndorfs Samml. auserlesener jurist. Abhandl. S. 43. Vergl. (von Riffel) der Reichshofrath in Justiz= Gnaden= und andern Sachen Th. 2. Augsb. 1792. Nr. 82.

d) Zanger de except. Part. 3. cap. 10. N. 19. Brunnemann ad leg. un. C. ut quae desunt advocatis suppleat iudex N. 5.

geschriebene Verjährungszeit der act. mandati contrariae aufgehoben und dagegen festgesetzt worden:

„Daß hinführo sowohl die lebenden Procuratores, als der abgegangenen nachgelassene Erben, ihre Forderung innerhalb fünf Jahren, von der Zeit an, da das letzte exhibitum ad acta gekommen ist, es sey vom Procurator Namens seiner Principalen selbst übergeben, oder vom Gegentheil eingereicht und communiciret worden, bei dem Gerichte, wo die Sache anhängig gewesen, einklagen, oder gewärtigen sollen, daß sie damit überall nicht weiter gehöret, sondern derselben gänzlich verlustig erkläret werden; ein Gleiches haben auch diejenigen Procuratores, welche aus bereits geendigten Sachen rückständige Forderungen haben, zu beobachten, mithin innerhalb fünf Jahren a dato publicationis dieser Verordnung, solcherwegen richterliche Hülfe zu imploriren.“

Der Richter ist daher, da die Verjährungszeit sofort aus den Acten klar wird, nicht nur berechtigt, die Ausflucht der Verjährung ex officio zu suppliren, sondern er ist auch nach dem Sinne und der Absicht dieser Verordnung selbst dazu verpflichtet. Es gereicht unstreitig zum Nachtheil der Partheien und zur Beschwerde der Gerichtshöfe, wenn die Anwälde ihre Procuraturrechnungen an Vorschuß und Deservitgeldern viele Jahre hinstehen lassen, ohne solche, bei verweigerter gütlicher Bezahlung, e) gerichtlich einzuklagen. Die Sachen kommen leicht in Vergessenheit, die Partheien

e) Hat aber eine Parthei den Procurator um Nachsicht und Stundung gebeten und ist solche erweislichermaßen ertheilt; so verändert sich die Sache hierdurch allerdings.

sterben darüber hin u. s. w. Die Verordnung bestimmt deshalb ausdrücklich: daß die Procuratoren, nach Ablauf der Verjährungszeit, mit ihren Forderungen überall nicht weiter gehöret, sondern derselben gänzlich verlustig erkläret und die Gerichte solche Vorschrift in vorkommenden Fällen sich zur unabweichlichen Richtschnur sollen dienen lassen. Hieraus ist aber deutlich abzunehmen, daß der Richter nicht erst die Einrede der Verjährung von dem Beklagten erwarten, sondern daß er sie sogleich ex officio suppliren und darauf erkennen darf, wenn sie aus den Acten deutlich vor Augen liegt.

LXXV Erörterung.

Procuratoren dürfen keine Hülfsgelder bei den Aemtern und Gerichten erlegen, wenn sie ihre Auslagen und Vorschüsse von den Partheien nicht erhalten können.

Es liegt den Procuratoren in allen Sachen, worin sie sich haben bestellen lassen, die Verpflichtung ob, alle und jede in solchen Sachen ihnen zukommenden Urthel, Rescripte, Bescheide u. s. w. anzunehmen, selbige auszulösen und weiter zu besorgen. a) Dagegen sollen zwar die Partheien ihnen einigen baaren Vorschuß leisten; allein in den wenigsten Fällen können sie solchen erhalten. Bei unvermögsamen Partheien sind sie überdies verbunden, wenigstens die ersten Schriften anzunehmen und zu produciren b) und überhaupt ist

a) Gemeiner Bescheid vom 11. Sept. 1690.

b) Reglement wegen der Canzlei- und Gerichtsprocuratoren vom 12. Aug. 1705. §. 4.

ist es ihnen nicht erlaubt, die Bescheide und andere Expeditionen unter dem Vorwande, daß sie zu deren Auslösung keine Gelder von den Partheien in Händen hätten, zurück zu geben. c)

Nun ist es aber öfters der Fall, daß die Partheien, wenn die Procuratoren ihre Vorschüsse und Auslagen erstattet verlangen und deshalb rescripta de exequendo nachgesucht und erkannt werden müssen, nicht mehr im Stande sind zu bezahlen und es an allen Zahlungsmitteln fehlet. Zuweilen verlangen die Aemter, Magistrate und Gerichte, vorzüglich deren Unterbedienten, in solchen Fällen die Executionsgebühren von den Procuratoren und es frägt sich also: ob sie dergleichen Hülfsgelder zu erlegen schuldig sind?

Nach dem 20sten alten gemeinen Bescheide, soll den Procuratoren, auf ihr Ansuchen, ohne alle Weitläuftigkeiten zu dem gethanen Vorschusse via executiva wieder verholfen werden und in den Executionsbefehlen und Rescripten wird auch jedesmal verordnet: daß die Forderung der Procuratoren auf Kosten der Parthei, falls selbige nichts erhebliches dagegen zu erinnern habe, beigetrieben und postfrei eingeschickt werden sollte.

Hieraus ergiebt sich aber von selbst, daß die Procuratoren die Executionsgebühren, die ohnehin erst bei der wirklichen Execution erlegt werden müssen, d) zu bezahlen nicht angehalten werden können; wenn die Hülfsvollstrekkung selbst ganz fruchtlos geblieben ist. Es würde auch in der

c) G. B. vom 11. Sept. 1690.

d) O. A. G. Ordn. Th. II. Tit. 15. §. 10. Knorrens Anleit. z. gerichtl. Proceß, S. 373.

der That überaus hart und unbillig seyn, wenn sie bei ihrem baaren Verluste noch obenein Executionsgebühren erlegen sollten; da es nicht von ihrer Willkühr abhängt, dergleichen Vorschüsse zu versagen. Königl. Justizcanzlei erkannte daher auch am 10ten Jan. 1794 auf Ansuchen des Proc. Claren, ad acta des Schutzjuden **Mendel David** c. **Meyer** p. debiti, daß derselbe die von dem Amtsunterbedienten verlangten Executionsgebühren zu bezahlen nicht schuldig, vielmehr letzter, da er solche von dem Postamte bereits erhoben, zu erstatten verbunden sey.

LXXVI Erörterung.

In den Sachen, welche die Bestellung der Vormünder und deren Rechnungsablage betreffen, können die Procuratoren weder eine arrham, noch ein Salarium annuum fordern.

Nach der Canzleiordnung art. VI. dem gemeinen Bescheide v. J. 1686 §. 8. und dem Reglement vom 12ten Aug. 1705 art. I. bedarf es in den Sachen, worin ohne Communication der Schriften an eine Gegenparthei verfahren wird und wobei es nicht zum ordentlichen Processe kommt, also auch in den die Bestellung der Vormünder und deren Rechnungsablage betreffenden Sachen, überhaupt keiner Bestellung eines Procurators. In der Verordnung vom 30. Mai 1657 ist ebenfalls ausdrücklich versehen, daß in Sachen, die nicht zum gerichtlichen Proceß gerathen, die Procuratoren bei Vermeidung willkührlicher Strafe weder

eine

eine arrham, noch Vermächtniß einer Jahrsbesoldung fordern sollen.

Wenn daher ein Vormund einen der Canzleiprocuratoren zum Ueberfluß mit einem mandato procuratorio versiehet, um die seines officii wegen etwa zu überreichenden Schriften zu übergeben und die darauf, oder von dem obervormundschaftlichen Gerichte ex officio ertheilten Bescheide und Resolutionen anzunehmen und zu übersenden; so kann der Procurator für seine Bemühungen nichts weiter, als ein mäßiges Deservitum verlangen. Das Collegium hat diesem gemäß am 9ten März 1791 erkannt in S. des Procuratoris Claren ad acta die Brockische Vormundschaft betr.

LXXVII Erörterung.

In Rechtssachen, welche commissarisch behandelt werden, können Advocaten und andere Personen, welchen kein rechtliches Hinderniß entgegen stehet, auch ohne Beistand eines der ordentlichen Canzleiprocuratoren, für abwesende Gläubiger und Partheien auftreten.

Es ist öfters der Fall gewesen, daß zwischen den ordentlichen Canzleiprocuratoren und andern Sachführern bei Commissionen, welche von Königl. Canzlei angeordnet waren, darüber Collisionen entstanden, daß letztere ohne Beistand eines der erstern in Commissionsterminen aufgetreten sind, um die Rechte abwesender Gläubiger oder Partheien zu vertreten.

Die nämliche Collision trat neuerlich bei der zur Regulirung des Debitwesens des Oberforstmeisters von Bülow

angeordneten Commission ein. Vor dem zur Profession und Liquidation angesetzten Commissionstermine, kamen am 1sten Jun. 1794 sämmtliche Procuratoren bei der Canzlei ein, sahen dergleichen Vorgänge als Eingriffe in ihr Amt an und baten unter Anführung verschiedener Gründe: daß weder in dem von Bülowschen Commissionstermine noch überhaupt, auch in künftigen ähnlichen Fällen, keinem absque procuratore ordinario für abwesende Creditores aufzutreten gestattet werden möge.

Das Collegium resolvirte aber darauf unter Anführung der Gründe am 2ten Jun. 1794 folgendes:

Auf das von den sämmtlichen hiesigen Canzleiprocuratoren am 1sten huj. eingebrachte Promemoria wird zur Resolution ertheilet:

„Wenn gleich den Gerichtsordnungen zu Folge den hiesigen ordentlichen Canzleiprocuratoren in ihrem Amte weder durch Stadtgerichtsprocuratoren noch auch andere, einiger Eintrag geschehen soll, noch es denselben für und mit Partheien aufzutreten erlaubt ist; Nachdem jedoch solches, außer denen in den Ordnungen selbst deutlich enthaltenen Einschränkungen, wie aus dem Inhalte und eigentlichen Sinne des 6ten alten gemeinen Canzleibescheides und des Reglements wegen der Procuratoren vom 12. Aug. 1705 §. 2. erhellet, lediglich von solchen gerichtlichen processualischen Geschäften zu verstehen und darauf einzuschränken ist, welche unmittelbar vor Königl. Justizcanzlei verhandelt und betrieben werden; keinesweges aber auch auf Angelegenheiten und Gegenstände der vorliegenden Art, welche K. Justizcanzlei per dele-

delegationem oder commissionem verrichten läßt, erweitert und ausgedehnet werden mag; der Umstand übrigens, daß das von Bülowsche Liquidations- und Regulirungsgeschäft gerade an dem Orte des iudicii committentis vorgenommen wird, jene in den Ordnungen selbst liegenden Grundsätze nicht verändern kann, solchen allen nach es also den auswärtigen Gläubigern unbenommen bleiben muß, ihre Forderungen in termino entweder durch einen der ordentlichen Canzleiprocuratoren, oder durch andere, kein rechtliches Hinderniß gegen sich habende Personen, angeben und klar machen zu lassen: daß daher dem Gesuche der sämmtlichen bei hiesiger Justizcanzlei angestellten Procuratoren nicht zu deferiren stehe.

LXXVIII Erörterung.

In gerichtlichen Sachen, welche unmittelbar vor Kön. Justizcanzlei verhandelt werden, dürfen die Advocaten ohne Beiseyn der Partheien selbst, oder der Procuratoren nicht erscheinen.

Es hat Königl. Justizcanzlei am 19ten Jul. 1794, welches zur Bestärkung des obigen dient, folgendergestalt erkannt:

In der zwischen dem Bürgermeister und Canzleiprocurator Seelhorst und dem D. Spiel ad acta Ernst c. Uhden in p. diversorum, die Erscheinung des letztern, absque procuratore, betreffenden Differenz, wird zur Resolution ertheilet: „Alldieweil den Gerichtsordnungen und gemeinen Bescheiden zufolge in allen gerichtlichen processualischen Rechts-

angelegenheiten, welche unmittelbar bei Königl. Churfürstl. Justizcanzlei betrieben und verhandelt werden, den bestellten Canzleiprocuratoren von Niemanden einiger Eintrag in ihrem Amte geschehen, noch auch andern gestattet werden soll, für und mit Partheien gerichtlich aufzutreten; der 6te alt gemeine Canzleibescheid insonderheit es nur dann denen Advocatis, welche einer Parthei bedient sind, gerichtlich aufzutreten erlaubt, wenn die Parthei selbst gegenwärtig ist; a) keineswegs aber auch in deren Abwesenheit für selbige aufzutreten denen Advocatis gestattet und damit einen Eingriff in das Amt der Procuratoren zu thun, freigestellt ist; hiernächst der von dem D. Spiel besonders angezogene Fall so wenig an sich die in den Ordnungen gegründeten Befugnisse der Canzleiprocuratoren und zwar um so minder aufzuheben oder einzuschränken vermag, als eines Theils in caussa Spindler c. Simon der Gegenstand derselben eine Denunciation des erstern gegen letztern betreffen, andern Theils die Untersuchung dieser Sache commissarisch behandelt worden ist: daß daher, in allen solchen Rücksichten, der Bürgermeister und Canzleiprocurator Seelhorst gegen die, ohne Beiseyn der Parthei geschehene Auftretung des D. Spiel, zu protestiren allerdings befugt und letzterer anzuweisen sey, bei künftigen Fällen, in Abwesenheit seiner Partheien, cum procuratore aufzutreten und zu erscheinen.

a) Das nemliche ist verordnet in dem **gemeinen Bescheide** vom 28. Oct. 1750 in **Wagners** Samml. Th. 2. S. 14. ff.

LXXIX Erörterung.

Von der Bestrafung des Diebstahls, der bei einer entstandenen Feuersnoth begangen wird.

Die Strafe, welche das römische Recht auf dergleichen Diebstähle gesetzt hat, a) findet heut zu Tage keine Anwendung mehr, und in der P. G. O. ist keine bestimmte Strafe vorgeschrieben.

In der Policeiordnung Herzogs Christian v. J. 1618 cap. 14. §. 22. ist aber deßhalb verordnet:

„Da sie denn solche Diebe befinden, die sollen Andern zum Abscheu, für allen andern Dieben, nach Rath und Gutachten unserer zum peinl. Gericht Verordneter unnachlässig hart gestraft werden."

Wenn nun nach dem Inhalte dieses Gesetzes ein solcher Diebstahl zwar unnachlässig hart gestraft, jedoch die Bestimmung der Strafe dem peinlich richterlichen Ermessen überlassen bleiben soll; so scheint gleichwohl dasselbe, durch das Edict vom 24. Apr. 1710, b) gänzlich ausgeschlossen zu seyn. Es sind darin verschiedene Dispositionen enthalten und in Rücksicht der Bestrafung dieser Art des Diebstahls wird in demselben nachstehendes verordnet:

„Und weil man übrigens wahrgenommen, daß in dergleichen Begebenheiten (nemlich bei Feuersnoth) viele Diebereien vorzugehen pflegen und unter dem Vorwande es zu retten und in Sicherheit zu bringen entwendet wird; gleichwohl andem, daß die in solchen Fällen verübte Bosheit

a) L. 1. §. 1. L. 2. 3. §. 4. de incend. ruin. naufr.

b) In *Corp. Const. Luneb.* C. IV. S. 697.

desto schärfer zu bestrafen, je weniger man sich dafür hüten kann; Als ist unser ernstlicher Wille, daß derjenige, welcher alsdann das allergeringste entwendet, das ihm Anvertraute nicht wieder zu Rechte bringet, oder, daß er es auf geschehenes Nachfragen verleugnet, ohne einzige Gnade am Leben gestraft werden solle."

Der Grund dieser scharfen Verordnung, welche selbst ohne Unterschied des entwendeten Werthes die Todesstrafe vorschreibt, liegt, wie bei einigen andern ähnlichen Verbrechen, z. B. beim Hausdiebstahl, Camradendiebstahl, unstreitig in dem genauen Verhältniß, worin der Bestohlne zu einer solchen Zeit mit vielen Leuten stehen muß, welches es ihm unmöglich macht, sich vor den Diebereien derselben zu hüten, und eben daher verdient auch ein solcher schärfere Bestrafung, als ein anderer gemeiner Dieb. c) Inzwischen leidet es doch wohl nicht den mindesten Zweifel, daß der Gesetzgeber auf den besondern Grad des Vorsatzes, oder auf die in solchen Fällen verübte Bosheit, wie die gesetzliche Vorschrift ausdrücklich hinzufügt, hat gesehen und mithin, um auf die gesetzmäßige Todesstrafe erkennen zu können, voraussetzen wollen, daß ein solcher Dieb stehlenshalber und aus gewinnsüchtigen Absichten, unter dem Vorwande Sachen aus dem Feuer zu retten und in Sicherheit zu bringen, das Verbrechen des Diebstahls verübt hat. Und eben so wenig kann man annehmen, daß der Gesetzgeber bei der so weit a iure communi abgehenden, sehr geschärften, Verordnung den Verbrecher mit allen bei einem gemeinen Diebstahl, nach gemeinen peinl. Rechten sonst zustehenden Milderungs- und Entschuldigungsgründen gänzlich hat ausgeschlossen wissen wollen.

c) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts, §. 373.

len. Es muß daher auch einem solchen Verbrecher z. B. die völlige Unwissenheit dieses scharfen Pönalgesetzes, d) die gänzliche Restitution der gestohlnen Sachen u. s. w. billig zur Strafmilderung gereichen. e)

Christian Henke hatte bei einer in Lüchow entstandenen Feuersbrunst, als Maurergeselle, mit löschen und retten helfen, bei welcher Gelegenheit er einige silberne Löffel zu sich genommen hatte. Drei Jahre hindurch behielt er sie an sich, und als er sie nachher, aus Armuth und Dürftigkeit, verkaufen wollen, ward der Diebstahl entdeckt. Bei der Untersuchung gab er an, daß er bei der entstandenen Feuersnoth nicht die Absicht gehabt habe zu stehlen; daß die Löffel ungesucht ihm wären in die Hände gekommen; daß er es anfangs versäumt habe, sie zurückzuliefern und es hernachmals deßhalb unterlassen, um nicht für einen Dieb gehalten zu werden. Diese Angaben waren auch darum sehr glaubhaft; weil er die silbernen Löffel drei Jahre hindurch unverkauft bei sich aufbewahret hatte; da er doch, wenn er die Absicht gehabt hätte, bei dem Brande etwas zu entwenden, gewiß weit früher würde Anstalt gemacht haben, sie zu veräußern, um den bezweckten Gewinn sich dadurch zu verschaffen. Es wurde daher derselbe im Mai 1795 im Wege Rechtens zur einjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt; ihm jedoch begnadigungsweise, besonders eingetretener Umstände wegen, der erlittene Arrest zur Strafe angerechnet und er mit der Zuchthausstrafe verschonet.

LXXX

d) Struben rechtl. Bedenk. Th 2. B. 113.

e) Struben a. a. O. Th. 3. B. 126.

LXXX Erörterung.

In wie fern die Beamten Commissions-Gebühren in Cammer-Proceßsachen fordern können.

Den Cammerprincipiis zu Folge werden den herrschaftlichen Beamten in Commissions-Angelegenheiten, außer den baaren Auslagen an Copialien, Porto u. dgl., überall keine Termins- oder Ausfertigungsgebühren und Diäten nur bei Commissionen außerhalb Amts gestattet; auch die Reisekosten nur alsdann vergütet, wenn entweder die Beamten Behuf Haltung eigener Pferde aus den Registern kein Deputat noch Geld erhalten, oder auch die Reise über vier Meilen beträgt; indem wegen der Sportelnfreiheit Königl. Cammer alle Ausrichtungen in herrschaftlichen Angelegenheiten von herrschaftlichen Bedienten ex officio geschehen müssen, wenn auch solche ihnen gleich nur specialiter committiret sind. Wenn daher den herrschaftlichen Beamten von den obern Gerichten in Cammer-Proceßsachen besondere Aufträge ertheilet werden, so müssen die Commissionskosten-Rechnungen nach obigen Principiis eingerichtet seyn, wenn sie nicht, solchen gemäß, einer gerichtlichen Moderation unterworfen werden sollen.

Regi-

Register.

Die beigesetzte Zahl zeigt die Seite an.

A.

Be-

E.

Han-

J.

Ju-

Ma-

N.

O.

Re-

T.

U.

Z.

Zoll-

Verbesserungen.

Unsere Entfernung vom Druckorte und da wir selbst die Revision des Drucks nicht besorgen konnten, haben es veranlaßt, daß verschiedene Druckfehler stehen geblieben sind. Wir bitten uns deshalb zu entschuldigen und zeigen die erheblichsten derselben hiermit an:

Seite 6 Zeile 21 protestatem l. potestatem. S. 33 Z. 23 Eunnäus l. Eimnäus. S. 53 Z. 22 Grundsätze l. Grundstücke, ebendas. Z. 24 benachrichtiget l. benachtheiliget. S. 67 Z. 22 und an mehreren Stellen Expectirirte l. Expectwirte. S. 77 Z. 8 commissarische l. commissarischen. S. 85 Z. 23 bürgerlicher l. bürglicher. S. 99 Z. 3 belangt l. verlangt. S. 101 Z. 5 Vortheil l. Nachtheil eb. Z. 23 erseben l. erhöhen. S. 103 Z. 28 vor l. von. S. 116 Z. 13 einmal l. mehrmal. S. 122 not. a ist nach dem Worte: Rechts, ausgelassen: B. 1. S. 341 und Struben rechtl. Bedenken — S. 125 not. d e obs. 163. S. 131 Z 15 Urkunde l. Unkunde. S. 135 Z. 6 richtig l. nichtig. S. 161 Z. 7 unbekannte l. unbenannte. S. 165 Z. 10 dieselbe l. dasselbe. S. 176 Z 5 ist das Wort: nur, einmal wegzustreichen; eb. arquipollente l. aequipollente. S. 216 Z. 13 gedachte l. bedachte. S. 220 Z. 10 erforderten l. erfordern. S. 221. not. d l. Siebenkees. S. 222. not. i Th. 8. l. Th. 5. S. 231 Z. 16 nun l. neu. S. 308 Z. 19 Ochsen l. Ohsen. S. 312 Z. 14 der l. den; eb. not. b Homzely l Hanzely; eb. not. a von Trütschzier und an mehrern Stellen l. von Trützschler. S. 314 Z. 8 Ich l. wir. S. 323 Z. 7 Festigkeit l. Erstigkeit. S. 330 Z. 17 Delinquentim l. Delinquenten. S. 343. Z. 2 Privatgesetzes l. Pönalgesetzes.